J. rom. c.
137 (1
Glück

E

12 febr. 6. 1?

VII.
940.

<36626003150019

<36626003150019

Bayer. Staatsbibliothek

Verſuch
einer
ausführlichen Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
für meine Zuhörer

von
D. Chriſtian Friedrich Glück
ordentlichen öffentlichen Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Univerſität, und Beiſitzer der Juriſten Facultät.

I. Theil.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1790.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Vorrede.

Bey dem großen Vorrath von Commentaren über die Pandecten dürfte der gegenwärtige neue Verſuch leicht überflüßig ſcheinen, oder doch wenigſtens zu manchen voreiligen Tadel, dem das Buch zwar ohnehin nie entgehen wird, Anlaß geben, wenn ich nicht meinen Leſern vorläufig über die Entſtehung und Abſicht deſſelben einige Rechenſchaft ablegte.

Die Vorleſungen über die Pandecten machen ſchon ſeit geraumer Zeit einen vorzüglichen Theil meines Berufs aus, und mein immer ſehr zahlreiches Auditorium, ſo wie der anhaltende Fleiß meiner Zuhörer giebt mir den ſehr beruhigenden Beweiß, daß die Mühe, die ich auf dieſe Vorleſungen verwende, nicht verkannt werde.

Allein zu beklagen iſt es, daß man nach dem einmal feſtgeſetzten Plan ein ſo weites und dornichtes Feld in dem engen Zeitraum eines halben Jahres zu durchwandern genöthiget iſt, und daher auch ſelbſt für die wichtigſten Gegenſtände bey der großen Menge derſelben viel zu wenig Zeit hat, um ſich bey denſelben, ſo wie ſie es verdienten, nur einigermaßen verweilen zu können.

Da nun bey einer ſolchen Präciſion, deren ſich der Lehrer bey dem Vortrag der Pandecten zu befleiſigen hat, auch der aufmerkſamſte Zuhörer, zumal wenn er das erſtemal ein ſolches Collegium hört, ohnmöglich ſo deutliche Begriffe von denen zum Theil wirklich ſchweren und intricaten Rechtsmaterien bekommen kann, daß er ſich, ohne weitere Anleitung durch eigenes Nachdenken, und den Gebrauch ſeines

)(2 Cor-

Corpus Juris fortzuhelfen im Stande wäre; ſo bin ich nicht ſelten in eine nicht geringe Verlegenheit gerathen, wenn ich von meinen fleißigen Zuhörern um einen Commentar über die Pandecten angegangen wurde, deſſen ſie ſich bey der Wiederholung ihrer Lection als Hülfsmittel bedienen könnten.

Zwar fehlt es uns nicht an den treflichſten Werken dieſer Art; denn wer kennt nicht die Schriften eines **Cujaz, Noodts, Fabers, Voets, Struvs, Lauterbachs, Strycks, Leyſers**, und anderer großer Rechtsgelehrten mehr, die ſich in dieſem Fache ſo vortheilhaft ausgezeichnet, ja unſterblich verdient gemacht haben? allein man wird mir, wie ich hoffe, nicht unrecht geben, wenn ich behaupte, daß eines Theils die Lektüre ſolcher Werke einen ſchon geübtern Rechtsgelehrten vorausſetze, und daher wenigſtens dem Anfänger ohne Bedenken nicht empfohlen werden könne, andern Theils aber auch die Anſchaffung derſelben einem Studirenden auf Academien zu koſtbar falle.

Schon längſt habe ich demnach den Gedanken bey mir genährt, ſelbſt etwas über die Pandecten zum Behuf meiner Zuhörer aufzuſetzen; nicht als ob ich etwas vorzüglicheres zu liefern im Stande wäre, als jene große Männer ſchon geleiſtet haben; nein, eine ſolche Arroganz werde ich nie zu Schulden bringen; ſondern ihre Arbeiten auch für Jünglinge brauchbar zu machen, und der todten Maſſe ihrer critiſchen Unterſuchungen und Rechtserörterungen ein Leben und Intereſſe zu geben, welches im Stande wäre, auch dem feurigſten Genie das an ſich ſchwere und trockene Studium der Pandecten leicht und angenehm zu machen.

Ein

Ein Werk dieſer Art aber, ſoll es nicht das Anſehen eines Collectaneenbuchs, oder unrichtig zuſammen geſchriebener Hefte bekommen, iſt freylich nicht die Sache eines Jahres, ſondern erfordert vieljähriges Nachdenken, und eine nur durch unermüdetes Studium der Quellen erlangte Reife des Urtheils, und gebildeten Geſchmack.

Vielleicht würde ich mich daher zu einem ſo mühſamen Unternehmen ſobald noch nicht entſchloſſen haben, da ich die Wichtigkeit deſſelben eben ſo lebhaft einſehe, als die Schwäche meiner Kräfte fühle, wenn mich nicht das wiederholte dringende Verlangen meiner Zuhörer gleichſam vor der Zeit hierzu angeſpornet hätte.

Furchtſam wage ich es alſo, dieſen geringen Verſuch meines Commentars über die Pandecten, welcher eine Erläuterung der erſtern vier Titel enthält, einem juriſtiſchen Publikum vor Augen zu legen.

Ich habe dabey das Hellfeldiſche Lehrbuch zum Leitfaden gewählt, weil über daſſelbe ſowohl hier, als auf den meiſten deutſchen Academien, ſo viel ich weiß, die Pandecten vorgetragen zu werden pflegen. Ich glaubte alſo, den Commentar hierdurch für meine Zuhörer, für die ich ihn zunächſt beſtimmte, deſto brauchbarer zu machen.

Doch habe ich mich an dieſe Ordnung nicht ſo ſtreng gebunden, daß ich mir nicht auch unterweilen, wo es nöthig zu ſeyn ſchiene, eine Abweichung erlaubt hätte. So zum Beyſpiel habe ich zwar bey dem zweyten Titel, de origine juris, die Zahl der Paragraphen beybehalten; aber vergeblich wird man unter dieſem Titel eine Rechtsgeſchichte, wie bey Hellfeld ſuchen; nein, ich hielt eine ſolche hiſtoriſche Ent-

—

wickelung des Urſprungs und Abwechſelungen des rö-miſchen Rechts darum in einen Commentar über die Pandecten für zweckwidrig, weil darüber auf allen deutſchen Academien beſondere Vorleſungen gehalten werden, und daher dieſer Titel bey dem Vortrag der Pandecten meiſt überſchlagen wird. Statt einer magern Rechtsgeſchichte, denn etwas Vollſtändiges hätte doch wegen der Menge anderer hier zu bearbeitender Rechtsmaterien nie geliefert werden können, habe ich daher nur im allgemeinen von den Quellen der in Deutſchland üblichen bürgerlichen Rechtsgelehrſamkeit, und deren Gebrauch gehandelt. Man wird hier die Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römiſchen, canoniſchen und deutſchen Rechts, überall mit treffenden Beyſpielen erläutert, finden, welche denenjenigen, für die ich ſchreibe, gewiß um deſto willkommener ſeyn werden, je weniger ſich die Kenntniß derſelben von einem gründlichen Studium der Rechtsgelahrtheit trennen, und je weniger ſich dennoch in den Vorleſungen über die Pandecten etwas Vollſtändiges darüber ſagen läſſet.

In der Ausführung der hier abgehandelten Rechtsmaterien habe ich Vollſtändigkeit mit der möglichſten Deutlichkeit zu verbinden mich beſtrebt; zwey Eigenſchaften, die man von Büchern dieſer Art ſchlechterdings erwartet.

Ueberall habe ich immer den nächſten Blick auf die Geſetze ſelbſt gerichtet, ſolche, wenn ſie vorzüglich merkwürdig waren, in dem Text oder in den Noten abdrucken laſſen, und auch, wo es nöthig zu ſeyn ſchien, mit kurzen Erläuterungen begleitet, wobey ich die Werke der eleganteſten Rechtsgelehrten, wie

die

die Anführung derſelben in denen Noten beweißt, genutzet habe.

Man wird hierbey die gute Abſicht, die ich habe, hoffentlich nicht mißkennen, nehmlich die Schüler der römiſchen Rechtsgelahrtheit an das Studium der Geſetze ſelbſt hin zu leiten, ſie hierdurch an eigenes Nachdenken zu gewöhnen, und ihnen zugleich bey dem Mangel eigener Subſidien die Auslegung der Geſetze zu erleichtern. Ich habe dieſes für eine um ſo wichtigere Pflicht gehalten, da Reformatoren in unſern Tagen aufſtehen, welche der Rechtsbeflißenen Jugend teutſche Compendien der Inſtitutionen des römiſchen Rechts ohne Anführung der Geſetzſtellen in die Hände zu liefern, und ſie hierdurch von dem Studium der Geſetze zu entfernen ſuchen, welches doch von jeher die gründlichſten Rechtsgelehrten der Jugend nie angelegentlich genug haben empfehlen können. Denn daß durch jene Lehrmethode, wo dem Lehrling der Rechtsgelehrſamkeit von den geſetzlichen Beweisſtellen gar nichts geſagt wird, der Grund zu einem unſeligen praeiudicio auctoritatis geleget, und dem alten: ipſe dixit wiederum der Weg gebahnet werde, iſt, deucht mir, ganz unläugbar.

Da ich in meinen Commentar auf die Geſetzſtellen in denen Titeln der Pandecten, die ich zu erläutern habe, ganz vorzügliche Rückſicht nehmen werde, ohne jedoch die Geſetze des neuern juſtinianeiſchen Rechts im mindeſten dabey zu vernachläßigen, ſo glaube ich in dieſer Rückſicht keinen Tadel befürchten zu dürfen, wenn ich meiner Arbeit den Titel eines Commentars über die Pandecten gegeben habe.

Vielleicht möchte es aber ungereimt, und ein ſeltſamer Gedanke zu ſeyn ſcheinen, einen deutſchen Commentar über ein lateiniſches Recht zu ſchreiben.

Allein, da ich hierin ſchon mehrere Vorgänger habe, ſo darf ich wohl ein ſolches Urtheil um ſo weniger befürchten, je nothwendiger es zu Erreichung meines Endzwecks zu ſeyn ſcheinet, meinen Vortrag in ein deutſches Gewand einzukleiden. Ich habe mich zu dem Ende einer ganz natürlichen und ungekünſtelten Schreibart befliſſen, ſo wie ſie ſich zu einen wiſſenſchaftlichen Vortrag ſchickt; dabey zwar alles Blumen- und Bilderreiche, womit manche unſere deutſchen Rechtsgelehrten ihren Vortrag nicht ohne Nachtheil der Deutlichkeit auszuſchmücken pflegen, ſorgfältig zu vermeiden, doch aber meinem Styl diejenige Vollkommenheiten zu geben geſucht, welche einer männlichen und ernſthaften, aber doch unterhaltenden, Schreibart angemeſſen ſind.

Sollte aber dieſer erſte Verſuch nicht wenigſtens für diejenigen, für welche er beſtimmt iſt, etwas zu ausf hrlich, auch vielleicht etwas zu gelehrt gerathen ſeyn? Ich wage es nicht dieſen Vorwurf ganz von mir abzulehnen. Allein gewiſſer maßen brachte dieſes der Plan meiner Arbeit mit ſich. Denn dieſer erſte Theil, welcher die erſten vier Titel der Pandecten, jedoch leztern noch nicht ganz vollendet, enthält, liefert allgemeine Rechtsmaterien, die für die ganze Rechtswiſſenſchaft anwendbar ſind. Sie ſind gleichſam als Vorerkenntniſſe des geſammten Rechts anzuſehen. Sodann kommen in dieſem Theil ſolche Wahrheiten vor, die ihrer Natur nach dergleichen Vollſtändigkeit und Aufwand einiger Gelehrſamkeit erforderten, die man mir etwa zum Vorwurf machen möchte. Hierher gehört die wichtige Materie von der Verbindlichkeit, desgleichen von der Auslegung der Geſetze; von dem Gebrauch der Quellen, vom Gewohnheits-

recht

recht und andere mehr. Ferner ſoll nach meiner Abſicht dieſes Buch meinen Zuhörern nicht blos zur Repetition dienen, ſondern auch noch in ihrem künftigen practiſchen Leben, wie ich hoffe, manche gute Dienſte thun; ſollten ſie alſo auch, geſezten Falls, jezt noch nicht alles genau verſtehen, ſo werden ſie es gewiß bey weitern Fortſchritten in der Rechtsgelehrſamkeit künftig noch verſtehen lernen. Allein wie wenig ich mir deßfalls wirklich etwas vorwerfen dürfe, beweißt das eigne Geſtändniß meiner Zuhörer, welche mich aufrichtig verſichert haben, daß dieſes Buch gerade nach ihren Wunſch geſchrieben, und ihnen alles darinne ganz verſtändlich ſey.

Daß inzwiſchen in jedem der folgenden Theile mehr Titel und Bücher als in dieſem erſtern, erſcheinen werden, wird die Zukunft lehren, indem das ganze Werk nicht über ſechs Theile ſich erſtrecken ſoll.

Noch muß ich bemerken, daß ich bey einigen in dieſem Theil vorgetragenen Lehren von der gewöhnlichen Theorie der Rechtsgelehrten abgewichen bin. Es verſteht ſich, daß dieſes nie ohne zureichenden Grund geſchehen, und da ich ſchon in ſolchen Fällen andere bewährte Rechtsgelehrte zu Vorgängern habe, ſo glaube ich wenigſtens, daß meine Freymüthigke t nicht unbeſcheiden genennt werden kann.

Daß ich endlich auch auf die Litteratur die gebührende Sorgfalt und Mühe verwendet habe, wird Jeder Sachverſtändiger von ſelbſt finden. Zwar habe ich den Lipen nicht ausgeſchrieben; denn wozu dieſer Unrath? allein man wird, wie ich glaube, von den beſten und neueſten Schriften über jede Materie nicht leicht eine vermiſſen, und die ich etwa ja

 im

im Buche ſelbſt überſehen hatte, ſind noch in denen beygefügten Verbeſſerungen und Zuſätzen ergänzet worden.

Uebrigens kann ich nichts ſo angelegentlich wünſchen, als daß die gegenwärtige Arbeit vielen nützlich ſeyn, und die Abſicht, gründliche Juriſten zu bilden, dadurch völlig erreicht werden möchte. Sollte bey dieſer Arbeit hie und da etwas verſehen ſeyn, woran ich gar nicht zweifle, ſo bitte ich ein gelehrtes Publicum, mich eines beſſern zu belehren.

Prä-

Pränumeranten Verzeichnis.

Altdorf. 40 Ungenannte. Exemplar 40.

Anſpach. Hr Reg. R. Hänlein, Hr. Cand. Schätzler, Hr. Proceßr. Büttner, Hr. Jagdſcribent Göringer, Hr. Hof und Reg. Adv. Burkard, Hr. Hof und Reg. Adv.. Roſe, Hr. Secret. Greiner. 7.

Aub. Herr von Eckard, Amtsverweſer. 1.

Augsburg. Hr. Referendar Schmid, Hr. Biermann, I. U. Lic. Kunſt-und Hantwerksreferendar, Hr. Bencker, Stadtſchreiber, Hr. Edler von Chriſtmann, Raths-Conſulent, Hr. Gullmann, Stadt-Adv. Hr. Nilſon, Rathsprocurator, Hr. Schmidt, Advokat, Hr. Actuar Brucker, Hr. Actuar Bellmann. 9.

Bamberg. Hr. Hofrath Pflaum, Hr. Hofr. und Prof. Gönners, Hr. Reg. Adv. Stöcker, Hr. Hof. K.R Regiſtrator Grau, Hr. Cand. Iur. Hoffmann, Hr. Kammerherr und Hofr. von Gebſattel, Hr. Caplan Reuß, Hr. Strambacher, Hr. Iur. Pract. Silbermann, Hr. Stud. Rothlauf, Hr. Hofr. u. Prof. Zeller, Hr. Hofr. Lorber, Hr. Hofrathsſecret. Pfautſch, Hr. Reichs Adv. Ott, Hr. Juriſt Kreutzer, Hr. geiſtl. Rath Ott, Hr. Hofr. Sehubert, Hr. Hofr. Steinlein, Hr. Hofr. v. Oberkranz, Hr. Hofr. Pfiſter, und 16 Ungenannte. 36.

Kloſter Banz. Hr Conſulent Fiſcher, Hr. P.C.D. Roppelt. 2.

Baunach. Hr. Rath und Kaſtner Schmidt. 1.

Bayreuth. Hr. Geh. Regiſtr. Schunther, Hr. Kammerherr. u. Reg. R. v. Völderndorf, Hr. Proceßr. Pfeiffer, Hr. Geh. Regiſtr. Glaſer, Hr. Reg. Adv. Börger, Hr. Proceßr. Böhm, Hr. M. Ellrodt, Hr. Secret. Ammon, Hr. Geh. Reg. R. Wipprecht. 9.

Bruchſal. Hr. Hofkammer Reviſor Lindel, Hr. Jagdſecret. Manaß, Hr. Dikaſt. Adv. Machauer, Hr. Hofbibl. Aſſeßor Breuſiek, Hr. Prof. Julich, Hr. Prof. Heinzmann, Hr. Hofkammer Aſſeſ. Schott, Hr. Hofkammerſecret. Stahl, Hr. Amtspractikant Hofmann, 2 Ungenannte. 11.

Caſtell. Hr. Rath Conradi. 1.

Cronach. Hr. Kaſtner Axter, Hr. Stadtconſ. Lamprecht. 2.

Dachsbach. Hr. Cand. Göckel. 1.

Döring,

Döringſtadt. Hr. Amtsſchreiber Uhlmann. 1.

Dünkelsbühl. Hr. Raths-Conſulent Wucherer. 1.

Ebersbach, bey Neuſtadt an der Saale. 6 Ungenannte. 6.

Ellingen. Hr. Iur. Pract. Dilg. Hr. Sec. Abel. 3.

Erlangen. Hr. Lobſtein, Hrn. Lips aus Fr. Aurach 2 Ex. Hr. Hotz aus Schweinfurth. Hr. Baron v. Gemmingen aus Anſpach. Hr. Reg. Adv. Kraft, Hr. Schwarz aus Emskirchen. Hr. Hartlaub aus Regensburg. Hr. Kaufmann a. Ulm. Hr. Kraft a. Erlang. Hr. Ortskaßier Rebmann. Hr. Lenz a Oldenburg. Hr. Blümle, a. Ulm. Hr. Diezel a. Anſpach. Hr. Prof. Tafinger, Hr. Lammers a. Bayreuth. Hr. Secret. Fleiſchmann. Hr. Boye aus Bayreuth. Hr. Schmid aus Bayreuth. Hr. Stepf aus Schweinf. Hr. Göß aus Dietenh. Hr. Baron v. Ploto Hr. Killinger. Hr. Hartnack. Hr. Baron v. Kleudgen. Hr. Döbner aus Röhmbild. Hr. Juſtizrath Höflich, 3 Ex Hr. Kremling aus Bayreuth. Hr. Cand. Schmidt. Hr. Ortsprocurator Wächter, 3 Ex. Hr. Cand Pfeiffer. Hr. D. Frank. Hr. Bartelmä. Hr. Füßlin. Hr. Bezold aus Heilbronn. Hr. Hofrath Geyer. Hr. Baron v. Tabago. Hr. Uebel. Hr. Baron v. Ompteda. Hr. Baron v. Thüngen. Hr. Kammerjunker v. Altenſtein. Hr. Liebeskind. Hr. Roppelt aus Herzogaurach. Hr. Brand. Hr. Gromann. Hr. v. Wunſch. Hr. Hofm. Anoſi. Hr. Th. Brüxner. Hr. Fecz aus Bayreuth. Hr. Bahrmann. Hr. Habrecht aus Regensb. Hr. Hofkammerrath v. Viſchpach. Hr. Baron v. Röder. Hr. Bayer. Hr Nagler aus Anſpach. Hr. Förtſch aus Bamberg. Hr. Rupprecht. Hr. Cand. Seiler. Hr. Donner aus Anſpach 63.

Eßlingen Hr. Raths-Conſulent Neundorf. 1.

Feuchtwangen. Hr. Cand Loſchge. 1.

Forchheim. 1 Ungenannter. 1.

Frühſtockheim. Hr. Kammerherr v. Crailsheim. 1.

St. Gallen. Hr. Profeſſor Zollikofer 1.

Göttingen. Hr Apell, Hr. v. Berger. Hr. Fromm. Hr. Klein. Hr. Leyſt. Hr. Scheel. Hr. Schneider, 2 Ex. Hr. Tellheim. Hr: D. Schröder. Hr. Wedekind. 11.

Schw. Hall. Hr. Cand. Maier. Hr. Conſulent Seyfferheld. Hr. Gottlob, Senator und Pfleger im

Jemgomer Kloſter, Hr. Bonhöfer. Reg. Adv. Hr. Steuerregiſtr. Lt. Bonhöfer. Hr. Raths Adv. Bernhard. Hr. Archivſecr. Wolff in O. Sontheim. 8.

Hammelburg. Hr. Niedermäyer, Rath und Steuereinnehmer. 1.

Heidelberg. Hr. Pfähler. 4.

Heidenheim, bey Anſpach. Hr. Lutz, Reg. Adv. Hr. Ober-Scribent Schaudig. 2.

Helmſtädt. Hr. Geh. Juſtizrath u. Prof. Oelze. 1.

Hemhofen. Hr. Amtmann Touſſaint. 1.

Herzogaurach. Hr. Stadtſchreiber Sponſel. 1.

Hildburghauſen. Hr. Amtsverweſer Prautſch. 1.

Höchſtadt. Hr. Amtsverweſer Weniger. 1.

Jena. Hr. v. Kraſt, Hr. Prof. Hufeland, 3 Ex. 18 Ungenannte. 22.

Ingolſtadt. Hr. Prof. Semmer. 1.

Mt Ippesheim. Hr. Zehnd-Inſpector Geyersbach. 1.

Kips. Hr Conſulent Frauenholz, Hr. Amtm. Goller. 2.

Königsbronn, im Würtenbergiſchen. Hr. Adv. D. Kaußler. 1.

Kochendorf. Hr. Ottenwaldiſcher Orts-Secretair Hörlin. 1.

Langenzinn. Hr. Cand. Siebenkees. 1.

Kloſter Langheim. Hr. P. Kanzleyd. Hemmerlein. 1.

Leutershauſen. Hr. Prozeßrath u. Stadtvoigt Riebel. 1.

Lisberg, bey Bamberg. Hr. Amtmann Sommer. 1.

Moosburg, in d. Oberpfalz. Hr. Mitterſchr. Mayer.

Mühlhauſen, im Thüringiſchen. Hr. Kanzleydirector Hübner. 1.

Neuhof. Hr. Proceßr. Makeldey, Hr. Cand. Fiſcher. 2.

Neukirchen, im Bambergiſchen. Hr. Verwalter Geiger. 1.

Neuſtadt, an der Aiſch. Hr. Landshauptmannſchafts-Secretair Behm. 1.

Nördlingen. Hr. Cand. Weng, Hr Regiſtrator Kaiſer, Hr. Cand. Wucherer, 2 Ungenannte. 5.

Nürnberg. Hr. Flechſel, Kirchner zu St. Sebald. Hr. Beyer, Amtsſchr. Hr. Mühling, Officialis im Waldamt Sebald. Hr. Dublon, Secretair. Hr. Hagen, Iur. Pract. Hr. Regiſtr. Klug. Hr. Stettner, v. Kreßi-

ſcher

ſcher Amtsverw. Hr. Döblemann, v. Geuderiſcher Amtsverw. Hr. Müller, v. Welſeriſcher Amtsverw. Hr. Held, Regiſtrator, Hr. Heuſchmann, Heſſen-Caſſelſcher Legat. Canzl. Hr. D. Bahrmann, Hr. Dorn, Conſulent, Hr. Carl, Procurator, Hr. Gerſtner, Gerichtsſchreiber, Hr. Scheuerl, Aſſeſſor, Hr. Volkmar, Aſſeſſ. Hr. v. Fürer, Aſſeſſ. Hr. v. Imhof ſen. Aſſeſſ. Hr. v. Imhof jun. Aſſeſſ. Hr. v. Ebner, Aſſeſſ. Hr. Rath Käſtner, Hr. Procur. Keller, Hr. Oyer, Not. Hr. D. Link, Hr. Gillig, Gerichtsſchr. Hr. Hartlaub, Not. Hr. I. P. Zwanziger, Hr. von Endtner, Hr. D. Forſter, Hr. Not. Schukart, Hr. Pommer, I. P. C. Hr. Kleemann, Not. Hr. Sonntag, Not. 33.

Oberlangenſtadt. Hr. Amtsverweſer Kazenberger. 1.

Roſtock. Herr D. Behrmann. 16.

Roth. Hr. Rath Kraus. 2.

Rothenburg an der Tauber. Hr. Kand. Walther, Hr. Archivar. Raab, Hr Conſulent v. Staudt, Hr. Kand. Bezold. Hr. Pürkauer, Advocat. 5.

Schleuſingen. Hr. Kammerſecretair Müller. 1.

Alten-Schönbach. Hr. Amtmann Köppel. 1.

Schweinfurth. Hr. Hofr. Pollich, Hr. Conſul Schneider. 2.

Stuttgardt. Hr. Buchdrucker Joh. Phil. Erhard. 3.

Themar. Hr. Hofadvocat u. Stadtſyndicus Sternberger. 1.

Thurnau. Hr. Graf von Giech, Hr. Amtmann Neuhof, Hr Kanzleyrath Ehrlicher, 5 Ungenannte. 8.

Tübingen. Hr. Profeſſor Hofmann. 1.

Uffenheim. Hr. Stadtſchreiber Köhler. 1.

Ulm. Hr. Kanzley-Adj. Frick, Hr. Kanzley-Adj. Jäger, Hr. Göcklein, Hr. Regiſtr. Abt, Hr. Frz. Dan. v. Schad. 5.

Weingartsgreuth. Hr. Amtsverweſer Helmreich. 1.

Weiſſenburg. Hr. Stadtſchreiber Hirſchmann. 1.

Wezlar. Hr. Köſter, Saynhachenburg. Commiſ. Secret. 11.

Wilhelmsdorf. Hr. Verwalter Jlling. 1.

Windsheim. Hr. Actuarius Sauber. 1.

Wittenberg. Hr. Kand. und Advocat Zerenner. 3.

Würzburg. Hr. Rechtspract. Ams, Hr. Hofrath Sambaber, 2 Ex. Hr. Liebler, Regierungs-Fiſcal, Hr. Hofr. Kleinſchrod, Hr. Kand. Papius, Hr. Prof. Seuffert, Hr. Baron von Fuchs, Hr. Baron von Groß, Hr. v. Kronegg, Hr. von Gebſattel, Domherr, Hr. Prof. Gregel, Hr. Baron von Welden, Hr. v. Gebſattel, Page, Hr. Papius, Beneficiat, Hr. Baron von Wurmb, Hr. Kammerherr von Speth, Hr. Kand. Probſt, Kammerherr von Hutten, Hr. Hofrath von Groß, Hr. Hofr. von Hirſchberg, Hr. Schmidt, Hr. Prof. Willhelm, Hr. Otto Philipp v. Groß, Domherr, Hr. Cand. Iur. von Elz zu Rübenach, Hr. Iur. Pract. Götz. 26.

(Die Fortſetzung der Pränumeranten folgt in den künftigen Bänden.)

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

zum Gebrauch für meine Zuhörer.

Erſtes Buch.

Tit. I.

De iuſtitia et iure.

---

§. 1.

Schriften; verſchiedene Bedeutungen des Worts *ius*. Erläuterung der L. 1. §. 1. L. 10. L. 11. L. 12. D. h. t. L. 13. C. de Rei Vind. L. 5. §. 1. und L. 24. D. de his quae ut indign. L. 10 D. de cap minut. L. 27. §. 2. D. de pactis. u. L. 41. D. de peculio.

Die erſten vier Titul der Pandecten enthalten blos allgemeine Begriffe, und ſind gleichſam als Vorbereitungsgründe der bürgerlichen Rechtsgelahrheit anzuſehen. Dieſelben vorauszuſchicken, war auf jeden Fall nöthig, man betrachte nun die Pandecten des K. Juſtinians als einen Volkscodex [1]), oder, welches ſie nach der

[1]) Daß billig in einem Volksgeſetzbuche, eben ſo wie in allen andern Lehr- und Unterrichtsbüchern, zuförderſt allge-

der Abſicht des Kaiſers gleichfalls ſeyn ſolten, als ein zum wiſſenſchaftlichen Unterricht aptirtes Rechtsſyſtem. Der Anfang wird mit Beſtimmung der Begriffe von **Recht** und **Gerechtigkeit** gemacht. *Nam iuri operam daturum*, ſagt **Ulpian** gleich zu Anfang dieſes Tituls, *prius noſſe oportet, unde nomen* IURIS *deſcendat. Eſt autem a* IUSTITIA [2]) *appellatum, nam* (*ut elegan-*

allgemeine Grundſätze des Rechts vorausgeſchickt, und bey jeder Materie ein richtiger Hauptbegrif angegeben werden ſollte, hat neuerlich der Verfaſſer des Verſuchs eines Auszugs der Röm. Geſetze, in den Anmerkungen zum I.--IV. Buch der Pandekten S. 97. u. f. richtig bemerkt, und das neue Geſetzbuch für die Preuſſiſchen Staaten giebt ein muſterhaftes Beyſpiel davon.

[2]) Viele haben den Ulpian wegen dieſer Derivation des Worts *ius* von Iuſtitia getadelt, weil nach den Regeln der Grammatiker das Wort *ius* vielmehr a iubendo, und *Iuſtitia* von ius abzuleiten ſey. Andere hingegen haben ihn gegen dieſen Tadel zu rechtfertigen geſucht. Die verſchiedenen Meinungen hier anzuführen, halte ich vor unnöthig. Man ſehe RAEUARD in Variis Lib. I. c. 2. MENAGIUS in Amoenitat. iur. civ. c. 39. *Gregor.* LOPEZ MADERA in Animadverſion. iur. civ. (Colon Agripp. 1594. 8.) cap. I. *van der* MUELEN *c. l. ad h. L. I.* u. *Ger.* NOODT in Comment. ad Digeſta h. t. Soviel ſieht man wohl, daß Ulpian mehr philoſophiſch als grammatiſch verfahren, und denjenigen Urſprung des Worts *ius* angeben wollen, woraus der Begrif der Sache ſelbſt entſtanden. Da er nun IUS als eine Wiſſenſchaft betrachtet, welche in der Erkenntniß deſſen, was in jeden gegebenen Fall recht und billig iſt, beſtehet, und folglich die Handhabung der Gerechtigkeit zum Endzweck hat, ſo läßt ſich's in ſofern wohl vertheidigen, wenn er ius von *iuſtitia* ableiten wollen. S. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris

eleganter CELSUS *definit*) IVS *eſt ars boni et aequi*. Unter den mancherley Schriften über dieſen, und zugleich etliche nachfolgende Titul ſind folgende zu empfehlen. *Alb.* BOLOGNETVS de Lege, Iure et Aequitate. *Romae* 1570 fol. *Guil.* MARANI Commentarius de aequitate ſive iuſtitia, in *Oper*. Tom. I. *Thomae* PAPILLONII Commentarii in IV. priores titulos Libri I. Digeſtor in *Ger.* MEERMANNI *Theſauro iur. civ. et canon.* Tom. II. p. 570. *Wilh. van der* MUELEN Exercitationes in titulum Digeſtor. de iuſtitia et iure, et Hiſtoriam Pomponii de origine iuris. Trajecti ad Rhenum 1723. 4. *Io. Conr.* STIEGLITZII Fontes iuris civ. Rom. ſecundum ordinem Pandectarum collecti. Specim. I. ad tit. Digeſtor. de iuſtitia et iure. Lipſiae 1779. 8. Die kleinern academiſchen Schriften über dieſen Titul von *Ge. Chriſt.* GEBAUER, *Ioachim Ge.* DARIES, *Aug. Frid.* SCHOTT und *Georg. Chriſtoph.* NELLER, deſſen verſchiedene Commentationen in ſeinen von *Ge. Phil. Chriſt.* LEUXNER zu Trier 1787. herausgegebenen Opuſculis T. I. P. I. befindlich ſind, werde ich bey Gelegenheit anführen.

A 2 Was

iuris epitomar. libros VI. Commentar. T. 1. pag. 37. (*Cervariae Lacetanor.* 1757.) und *Ge. Steph.* WIESAND Vindiciae L. 1. §. 1. D. de Iuſt. et I. Lipſ. 1764. Eine Stelle in GELLIUS lib. XIV. c. 4. und der Zuſammenhang jener Stelle des Ulpians macht es aber auch nicht unwahrſcheinlich, daß Ulpian auf Deam Iuſtitiam alludirt habe. S. *Io. Th.* SEGERI Opuſcula, herausgegeben von Herrn Prof. Klüber, Vol. I. S. 244. u. f.

Was iſt nun IUS? dieſes Wort hat in unſern Geſetzen mancherley Bedeutungen. Verſchiedene derſelben hat **Paulus** in *L.* 11. *D. h. t.* angegeben, jedoch iſt damit *L.* 1. und *L.* 12. *eod.* zu verbinden. Die vornehmſten ſind folgende.

1) Bedeutet *ius* ſo viel als Geſetz, oder iede andere verbindliche Norm, welche Geſetzeskraft hat. So ſagt z. B. **Ulpian** in *L.* 9. *D. de Legib.* non ambigitur, Senatum *ius* facere poſſe. Noch zu **Ulpians** Zeiten zweifelte man nicht, daß der Senat **Geſetze** machen könne; nur muſte er eine Veranlaſſung dazu vom Kaiſer bekommen, welcher demſelben ſeinen Willen entweder ſelbſt durch eine deßhalb im Senat gehaltene Rede bekannt machte, oder durch ſeinen Quaeſtorem Candidatum eröfnen ließ [3]). Zu dieſer Bedeutung gehört auch die bekannte Decemviralſanction: Paterfamilias uti legaſſit, ita ius eſto; und in *L.* 50. §. 1. *D. de legat.* 1. deßgleichen in *L.* 17. § 1. *D. de inoff. teſtam* heiſt es, ius ex ſententia iudicis fieri [4]). In eben dieſer Bedeutung ſagt man auch, daß

[3]) *M. C.* CURTIUS in Commentar. de Senatu Rom. poſt tempora lib. reip. Lib. III. c. 2. §. 57. ZACH. RICHTER in Diſſ. de Oratione Antonini de donationibus inter Vir. et Vxor. confirmandis Lipſiae 1759. §. 10. *Pet.* BURMANN de vectigal. Pop. Rom. cap. 6. p. 85. ſqq. *van* WACHENDORF de principe legibus ſoluto cap. III. §. 2. p. 101.

[4]) Wenn in *L.* 16. *D. de condit. et demonſtrat.* geſagt wird, ea, quae ex ipſo teſtamento orientur, neceſſe eſt, ſecundum ſcripti iuris rationem expediri, ſo haben viel unter der *ſcripti iuris ratione* den Buchſtaben des Teſtaments verſtehen wollen, als *Io.* CANNEGIETER ad difficiliora iuris capita c. 1. SCHRODERUS in Obſervat.

daß etwas *ipſo iure* geſchehe, wenn es eine unmittelbare Würkung der Geſetze iſt, ohne daß ein factum hominis hierzu erfordert wird. Z. B. ſo acquiriren Kinder, welche bis an den Tod ihres Vaters in deßen Gewalt geblieben, (ſui liberi) nach dem Abſterben deſſelben die väterliche Erbſchaft ipſo iure, auch ohne ihr Wiſſen; denn die Geſetze ſelbſt erklären ſie für die Erben ihres Vaters, ohne daß ihre Erklärung, oder ſonſt eine Thathandlung derſelben hiezu erfordert wird [5]).

2) Heißt *ius* auch, was denen Geſetzen gemäs iſt, und die Rechte mit ſich bringen; oder was mit denen Geſetzen übereinſtimmt, und daher entweder überall recht und billig iſt, oder doch wenigſtens denen Bürgern eines gewißen Staats nützlich iſt. Hierher gehören die Worte **Pauli** *in L. 11. D. h. t. Ius pluribus modis dicitur. Vno modo, cum id, quod ſemper aequum ac bonum eſt,* IVS *dicitur: ut eſt ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile eſt: ut eſt ius civile.* In eben dieſem Verſtande ſagt man ferner, es ſey etwas Rechtens: z. B. es iſt iuris, daß der Verkäufer dem Käufer die Gewähr leiſte.

3) Wird IUS für ein nach denen Geſetzen zuſtehendes Vermögen etwas zu thun genommen. Hier nennt man es eine **Befugnis**, ein **Recht**, eine **Gerechtigkeit**, z. B. ius teſtandi, ius utendi fruendi,

ſervat. iuris Lib. II. c. 13. *Henr. Io.* ARNZENIUS in Miſcellaneor. libro c. 13. p. 137. ganz unrichtig iſt dieſe Erklärung zwar nicht, allein ſie erſchöpft den Sinn doch nicht ganz, wie ich an einem andern Ort gezeigt habe. S. *Opuſcula iuridica.* Faſcic. I. p. 172.

[5]) S. *Henr.* COCCEII diſc. iurid. de eo quod fit ipſo iure Heidelberg. 1678.

ius poſſeſſionis, ius pignoris, ius ſervitutis. In dieſer Bedeutung kommt das Wort ius auch in der Definition von der *Iuſtitia* vor, welche **Ulpian** nach *L.* 10. *D. h. t.* in einer conſtanti et perpetua voluntate, *ius ſuum cuique tribuendi* ſetzt, d. i. in den feſten und unveränderlichen Willen, einem jeden dasjenige zu geben und zu laſſen, was ihm nach den Geſetzen gehört. Inſofern nun *ius* ein geſetzmäſſiges Vermögen zu handeln anzeigt, wird demſelben das Wort *iniuria* entgegengeſetzt, und darunter im weitläuftigen Verſtande eine jede unerlaubte widerrechtliche Handlung verſtanden. *L.* 5. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.*

4) Nimmt man es für die moraliſche Eigenſchaft eines Menſchen, von welcher Rechte und Verbindlichkeiten abhangen. Hierher gehört, wenn **Marcian** in *L.* 12. *D. h. t.* ſagt: *nonnunquam* IUS *etiam pro neceſſitudine dicimus: veluti eſt mihi ius cognationis vel adfinitatis.* VAN DER MUELEN hat dieſe Stelle am beſten erklärt: Per *ius* hic intelligimus, ſagt er in dem oben angeführten Commentar p. 321. illam perſonalem qualitatem, quam inter homines ſive ius naturae ſive civile in ſtatu vel naturali vel civili viventes introduxit; cuiusmodi qualitas, quia ex iure dimanat, *iuridica* appellari poteſt, qua efficitur, ut alter ad alterum certam quandam habeat relationem; adeoque qualitas illa reſpicit hominis ſtatum cum relatione ad ſtatum alterius; quamobrem nec a ratione alienum, ut *iuris* vocabulum aliquando etiam pro neceſſitudine, ſive coniunctionis vinculo, benevolentiae vel propinquitatis vi contracto, *L.* 5. §. 1. *D. quib. ex caus. in poſſ. eat*, dicamus. Denn die Verwandſchaft iſt eine moraliſche Eigenſchaft und Verhältniß gewiſſer Perſonen gegen einander, von welcher

cher beſondere Rechte und Verbindlichkeiten abhangen. Eben dieſe Bedeutung liegt zum Grunde, wenn die Menſchen in *homines ſui iuris*, und *homines alieni iuris* eingetheilt werden. Denn *homines ſui iuris* ſind, wie GEBAUER in Diſſ. *de iuſtitia et iure* §. IX. ſagt, perſonae hac qualitate praeditae, ut in ſe vel alios poteſtate gaudeant, eoque ipſo multa iuſte habeant faciantque, quae negata iis, qui ſub poteſtate alterius, adeoque *iuris alieni* ſunt. Jedoch heißt *ius* in dieſer Eintheilung auch ſoviel als die Gewalt, der jemand unterworfen iſt, *princ. I. de his, qui ſui vel alieni iuris ſunt*, und *L.* 43. *D. de obligat. et act.* Wenn Perſonen, ſo weder der Gewalt eines Vaters noch eines Herrn unterworffen, unter keiner Aufſicht ſtehen, und alſo weder einen Tutor noch Curator haben, ſo ſagen die Geſetze von ihnen, *neutro iure tenentur.* Princip. I. de tutelis.

5) Auch die Eigenſchaften einer Sache nennen die Geſetze *iura*, dieſe beſondere Bedeutung hat Celſus in *L.* 86. *D. de V. S.* angemerkt, wo er ſagt: Quid aliud ſunt *iura praediorum*, quam praedia qualiter ſe habentia, ut bonitas, ſalubritas, amplitudo [6]. Hier iſt alſo *ius* eben ſo viel, als was die Geſetze ſonſt *cauſam* nennen. *L.* 67. *D. de contrah. emt. vendit. L.* 13. §. 1. *de acquir. poſſ.* Eine gewöhnlichere Bedeutung iſt

6) diejenige, da *ius* einen Inbegrif mehrerer Geſetze, beſonders ſolcher, welche von einerley Art ſind, anzeigt. z. B. Ius Romanum.

7) Wird das Wort *ius* auch für den Ort genommen, wo Recht geſprochen wird. So kommt es in den

 Rubri-

6) GOEDDEUS *in Commentar. ad tit. Dig. de verb. Signific. ad h. L.*

Rubriken der Titul in den Pandekten *de in ius vocando*, ferner *de interrogationibus in iure faciendis* vor. Hier heißt *ius* ſoviel als Tribunal des Prätors, *L.* 4. §. 1. *D. de interr. in iure:* und in dieſer Bedeutung unterſchied man *ius* und *iudicium* ſorgfältig von einander, Cicero *de Orat.* Lib. I. c. 11. und Plautus Act. IV. Sc. 2. v. 18. indem man *iudicium* denjenigen Ort nannte, wo der denen Partheyen nach der Römiſchen Proceßform beſtellte Judex pedaneus ſaß, und das ſtreitige Factum unterſuchte; denn dieſer ſaß nicht pro Tribunali, ſondern ad Praetoris pedes in ſubſelliis. Daher waren bey den Römern die Handlungen vor Gericht zwiefach, *actus in iure*, welche beym Prätor oder einer andern Magiſtratsperſohn des Röm. Volks vorgenommen wurden, z. B. ceſſio in iure; und *actus in iudicio*, die beym iudex pedaneus verrichtet wurden. *L.* 1. §. 2. *D. de poſtul. L.* 3. §. 1. *D. ne quis eum, qui in ius vocatus etc.*

8) Wird unter *ius* zuweilen auch die Rechts- und Proceßform oder Gerichtsordnung ſelbſt verſtanden.* So reſcribirten z. B. die Kaiſer Diocletian und Maximian einem gewiſſen *Cyticbio:* in *L.* 13. *C. de rei vindicat.* Ordinarii iuris eſt, ut mancipiorum orta quaeſtione, prius, exhibitis mancipiis, de poſſeſſione iudicetur, ac tunc demum proprietatis cauſa ab eodem iudice decidatur. Hier heißt *ordinarium ius* ſoviel als conſueta iuris forma; alſo will das Reſcript ſoviel ſagen: die ordentliche Rechtsform, oder die gewöhnliche Proceßordnung bringt es mit ſich, daß erſt über den Beſitz erkannt, und alsdann die cauſa proprietatis entſchieden werde. In dieſer Bedeutung machten die Römer in Anſehung der Art des gerichtlichen Verfahrens einen Unterſchied, ob etwas *iuris ordinarii*, oder

oder *cognitionis* ſey. Erſteres hieß, wenn der Prätor den Partheyen einen Judex pedaneus beſtellte; und dieß geſchahe gewöhnlicher weiſe: cognoſcirte hingegen der Prätor ſelbſt, und entſchied den Rechtsſtreit allein, ohne einen Judex pedaneus anzuſtellen: ſo geſchahe dieſes *extra iuris ordinem*, und hieß *cognitio*, oder *cognitio praetoria*. Sueton *in Claudio* c. 15. Ulpian in *L.* 178. §. 2. *D. de V. S.* In der leztern Stelle wird geſagt: *Fideicommiſſa* hätten nicht *iuris ordinarii executionem*, ſondern gehörten *ad perſecutiones extraordinarias*. Den Aufſchluß giebt Ulpian an einem andern Ort *Fragm. Tit. XXV.* §. 12. Fideicommiſſa non per formulam petuntur, ut legata; ſed cognitio eſt Romae quidem Conſulum, aut Praetoris, qui fideicommiſſarius vocatur, in provinciis vero Praeſidum provinciarum [7]).

9) Zeigt *ius* auch bisweilen die Sentenz oder den Ausſpruch eines Richters an, z. B. *ius reddere*, *ius dicere*, einen rechtlichen Ausſpruch thun, wodurch ein Proceß entſchieden wird. Praetor quoque *ius reddere* dicitur, ſagt daher Paulus in *L.* 11. *h. t.* etiam cum inique decernit. Es wurden jedoch jene Ausdrücke nur eigentlich vom Prätor und ſolchen Röm. Magiſtratsperſonen gebraucht, denen vermöge ihres Amts eine Gerichtsbarkeit zuſtand, denn vom Judex pedaneus ſagte man *iudicare* [8]).

 10) Heißt

[7]) Siehe *Ge. Chriſt.* GEBAUERI Commentat. acad. de iurisdictione ſec. doctr. Rom. (edit. ſec. *Lipſiae* 1733.) Cap. I. §. XI.

[8]) BRISSONIUS de Verbor. Signif. h. v. adde L. 1. C. ubi de cauſ. Status. L. 2. §. 13. D. de O. I. L. 7. D. de off. Proconſ. L. 3. D. de off. eius, cui mand. eſt iurisd. bisweilen haben jedoch die Röm. Juriſten dieſen Unterſchied vernachläßiget, *v.* FINESTRES *in Hermogeniano* T. I. p. 327.

10) Heiſt *ius* auch öfters ſoviel als die geſetzlich beſtimmte Teſtamentsform. Bekannt ſind die Redensarten: *teſtamentum iure factum*, et *non iure factum*, ein Teſtament, welches die geſetzliche Form hat, oder nicht hat, *L.* 5. §. 1. und *L.* 24. *D. de his, quae ut indignis*. In eben dieſen Geſetzſtellen kommt auch der Ausdruck *de iure diſputare* vor, welcher von demjenigen gebraucht wird, der zwar zugiebt, daß das Teſtament den wirklich erklärten Willen des Erblaſſers enthalte, aber doch ſolches aus dem Grund anficht, weil es mit einem Mangel in Anſehung der rechtlichen Form behaftet ſey, und mithin den Rechten nach nicht beſtehen könne [9]). Ferner iſt

11) *Ius* ſoviel als der Titul, wodurch ein dingliches Recht erworben werden kann. *L.* 10. *D. ſi ſervit. vindicetur.*

12) Nimmt man *ius* auch für Rechtsgelehrſamkeit, in dieſer Bedeutung nimmt es **Celſus** beym Ulpian in der oben angeführten *L.* 1. *h. t.* und eben ſo wird es auch in der Rubrik dieſes erſten Tituls genommen.

13) Oft wird in unſern Geſetzen geſagt, daß etwas geſchehe, entſtehe, oder gelte *ipſo iure*, und wird demjenigen entgegengeſetzt, was *iure praetorio*, oder *per praetoris tuitionem* geſchiehet. Siehe *L.* 1. §. *ult. D de ſuperfic. L.* 1. §. 5. *D. quod falſo tutore. L.* 1. *D. quib. mod. uſusfr. amitt. L.* 9. §. 1. *D. uſusfr. quem cav.* In dieſen Stellen heißt ius ſoviel als *ius civile*, und die Redensart, *ipſo iure fit* ſoviel als hoc totum fit opera et auctoritate iuris civilis, neque auxilio

[9]) Siehe das Geh. Rath Nettelbladts Diſſ. de eo, qui de iure diſputavit haud indigno. Halle 1765. und Herrn Prof. Woltärs Obſervat. iur. civ. et Brandenb. Faſc. I. (Halle 1777.) Obſ. 26. p. 218 ſqq.

auxilio Praetoris opus eſt; wie *Ioſ.* AVERANIUS *in Interpretat. iuris* Lib. I. c. 14. n. 24. et 25. dieſes erklärt hat. Zuletzt ſcheinen noch

14) die alten Römiſchen Juriſten eine ganz eigene Bedeutung mit dem Wort *ius* verbunden zu haben, wenn ſie ſich öfters des Ausdrucks bedienen, daß etwas mehr *in facto* als *in iure* beſtehe, oder ſonſt *ius* und *factum* einander entgegenſetzen. Wir finden ſolche Redensarten in verſchiedenen Stellen unſerer Pandecten, wovon ich einige als Beiſpiele anführen will. Wenn **Herennius Modeſtinus** in *L.* 10. *D. de capite minutis*, welches Fragment aus dem achten Buch ſeiner Differentiarum genommen iſt, beweiſen will, daß das Vermächtniß der Habitation zwar, wie das Vermächtniß jährlicher oder monatlicher Einkünfte, mit dem Tode des Legatars ſich endige, aber keines derſelben durch etwa erlittene Kapitisdeminution des Legatars verlohren werde, ſondern, derſelben ohngeachtet, noch immer fortdauere, ſo führt er den Grund an: quia tale legatum *in facto* potius, quam *in iure*, conſiſtit. **Paulus** *L.* 27. §. 2. *D. de pactis:* drukt ſich faſt auf die nehmliche Art aus: In ſtipulationibus *ius* continetur, in pactis *factum* verſatur. So ſagt ferner **Ulpian** *L.* 41. *D. de peculio:* Nec ſervus quicquam debere poteſt, nec ſervo poteſt deberi. Sed cum eo verbo abutimur, *factum* magis demonſtramus, quam ad *ius civile* referimus obligationem. Man findet in denen Römiſchen Geſetzbüchern noch mehrere Stellen, in welchen *ius* und *factum* einander entgegengeſetzet werden. Vergleiche *L.* 48. §. 1. *D. de acquir. rer. dominio*, *L.* 38. §. 6. *D. de verbor. obligat.* u. a. m. Es frägt ſich alſo, in was für einer Bedeutung das Wort *ius* in dieſen Stellen der Pandecten von

denen

denen Römiſchen Rechtsgelehrten genommen werde? Die gewöhnliche Erklärung iſt, daß *ius* daſelbſt ſoviel als Civilrecht, *factum* aber natürliches Recht, natürliche Verbindlichkeit heiſſe [9]). Ich kann nicht umhin, die Worte eines unſerer heutigen eleganten Civiliſten [10]) ſelbſt hier anzuführen: „Die alten Römiſchen Juriſten hatten, ſagt derſelbe, wenn ſie von Rechten und Verbindlichkeiten reden, ihre eigne Sprache, die aus der ſcientiviſchen Behandlung derſelben entſtanden iſt. Sie beobachteten zwo Hauptgattungen von Rechten und Verbindlichkeiten. Einige, welche die vor ihnen liegende Geſetze dafür erkannt, modificirt und beſtimmt hatten, und andere, denen dieſelben keine beſtimmte Form gegeben, ſie überhaupt nicht in ihren Schuz genommen, und für Rechte und Verbindlichkeiten anerkannt haben. Jene waren alſo in den Geſetzen gegründet, dieſe hingegen nicht. Daher ſagten ſie von den leztern, daß ſie mehr *in facto* beſtehen, weil man dabey auf kein poſitives Geſetz, ſondern hauptſächlich auf das Factum, als die unmittelbare Quelle derſelben und die beſonders dabei vorgefallene Umſtän-

9) S. *Ger.* NOODT de pactis et transact. c. 8. Tom. I. Oper. p. 501. *Gregor.* MAIANSIUS in diſputat. iuris, Tom I. Disp. XVIII. §. 9. p. 319. *Io. van* NISPEN in Exercit. ad Fragmenta, quae in Digeſtis ex Herennii Modeſtini IX. libris Differentiar. ſuperſunt; in OELRICH *Theſ. Diſſert. Belgicar.* Vol. I. T. I. N. I. ROSSMANN Abh. Warum die Habitation vielmehr in facto als iure beſtehe? in den Erlang. gelehrt. Anzeigen auf das J. 1751. N. XXXIII.

10) Ich meyne den verehrungswürdigen Herrn Hofr. Gmelin zu Tübingen, deſſen Abhandl. von der eigentlichen Beſchaffenheit der Habitation nach dem röm. Rechtsſyſtem, ſich in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfallen Dritt. Band N. VII. S. 78. f. befindet; ſiehe beſonders §. 57.

Umſtände Rückſicht nehmen muſte, um ihren Umpfang beſtimmen zu können. Auch heiſſen ſie iura naturalia, obligationes naturales; Rechte nehmlich, denen kein römiſches Geſetz, ſondern allein das natürliche Recht die Conſiſtenz und Form gegeben hat, und die, wenn ſie durch die Geſetze nicht aufgehoben oder entkräftet waren, auch im Römiſchen Staat ihre Eigenſchaften beybehalten haben [11]. Jeder Menſch iſt derſelben fähig, er ſey in der Sclaverey oder Freyheit: jene aber ſetzen gewiſſe perſönliche Verhältniſſe bey ihren Subjecten voraus, und nicht alle Menſchen haben die Receptivität dazu.„

Die Anwendung auf obige Geſetzſtellen iſt nun folgende: Der Uſusfructus und Uſus, ſo heißt es weiter [12], um den Modeſtin zu erklären, hatten ihre Form durch die Geſetze erhalten, waren daher Rechte in der eigentlichen Bedeutung, und beſtanden alſo einzig und allein in iure. Die Habitation hingegen war kein ſolches Geſchöpf der Geſetze, nicht durch die Geſetze anerkannt und in eine beſtimmte Form gebracht, ſondern ein Reſultat von Verträgen und letzten Willen. Sie ſelbſt konnte zwar ein Gegenſtand eines Rechts ſeyn, aber war ſelbſt kein Recht, nach dem Sinn und der Sprache des Rechtsgelehrten. Oder ſie war vielmehr ein natürliches und nur kein geſetzliches Recht, und beſtand alſo, wie Modeſtin ſagt, mehr *in facto* als *iure*. Die ältern Geſetze hatten ſich ihrer gar nicht angenommen. Daher entſtanden die mancherley Meinungen unter den Röm. Rechtsgelehrten über das Weſen derſelben, weil die Geſetze davon ganz ſtille ſchweigen, und ſie aus den vorliegenden Verträgen und letz- ten

11) *L. 8. D. de cap. minut.*

12) S. Gmelin a. a. O. §. 59. S. 93. folg.

ten Willen einzig und allein beſtimmt werden muſte [13]). Hieraus laſſe ſich nun begreifen, warum die Habitation durch die Kapitisdeminution nicht aufgehoben worden [14]). Denn die Kapitisdeminution vertilge zwar geſetzliche Rechte, aber da ſie auf den natürlichen Zuſtand des Bürgers gar keine Beziehung hatte, ſo ließ ſie die natürliche Rechte unangetaſtet [15]).

Der

[13]) Daß die römiſchen Juriſten hierüber mit einander uneinig geweſen, läſſet ſich aus den §. 5. *I. de uſu et habitat.* und *L. 13. C. de uſufr.* erkennen.

[14]) *L. 10. pr. D. de uſu et hab.* Beym Uſusfructu war es anders, dieſer gieng durch erlittene Kapitisdeminution verlohren. PAULUS *lib. III. Sentent. Recept.* tit. 6. §. 29. Daher war es eine Cautel der Römiſchen Teſtatoren, den Uſusfructus entweder unter der Formel: *Titio uſumfructum fundi lego; et quotiensque capite minutus erit, eundem uſumfructum ei do lego*, welche wir beym Gajus in *L. 8. D. de annuis legat.* finden; oder ſelbigen den Legatarius ausdrücklich auf ſeine ganze Lebenszeit zu vermachen, *L. 3. pr. D. quib. mod. uſufr.* oder Tag- Monath- oder Jahrweiſe (*in ſingulos dies, menſes, annosve*) zu legiren. *L. 2. §. 1. D. quib. mod. uſufr. amitt.* Auf ſolche Art wurde das Legat vervielfältiget; und der Legatar war nun auf jeden Unfall gedeckt. Gieng daher auch das Legat für ein oder mehrere Jahre wegen erlittener Kapitisdeminution des Legatars verlohren, ſo konnte er doch, ſobald die Urſach des Verluſts gehoben, für die künftige Zeit gleichſam aus einem neuen Vermächtniß (ex repetitione) die Nutzniesſung behaupten, weil auf jeden Fall einer etwa erlittenen Kapitisdeminution, auf jedes einzelne Lebensjahr des Legatarius, ja auf jeden Monath, oder Tag demſelben gleichſam ein beſonderer und wiederholter Uſusfructus, vermacht worden, welchen derſelbe nach jeder erlittenen Veränderung immer wieder von neuen anfangen konnte. v. *L. 3. §. 1. L. 5. D. quib. mod. uſusfr. amit. L. 3. §. 2. D. Uſufr. quemadm. cav. L. 23. D. de uſu et uſufr.*

[15]) *L. 8. D. de cap. minut.* Eas obligationes, quae naturalem praeſta-

Der andern Stelle, nehmlich des **Paulus**, wird hiernächſt folgender Sinn beygelegt[16]: Stipulationen, als Contracte, ſind die Quelle geſetzlicher und eigentlicher Rechte und Verbindlichkeiten; (in ſtipulationibus *ius* continetur) ſimple Verträge hingegen erzeugen blos natürliche Verbindlichkeiten, welche, wenn ſie in das Licht der Römiſchen Geſetzgebung geſtellet werden, verſchwinden. Daher kömmt dabey nur das Factum oder der Vertrag ſelbſt in Betrachtung (in pactis factum verſatur)[17]. Oder, wie ſich ein neuerer Schriftſteller[18] ausdruckt: die Stipulationen ſind ſchon nach den Civilgeſetzen gültig, den pactis aber ſind nur vom Präter, der natürlichen Billigkeit wegen, einige Wirkungen beygelegt worden. Die pacta werden als etwas blos factiſches angeſehen, das eigentliche Recht nimmt ſie gar nicht an.

Eben ſo erklärt man die obige Stelle **Ulpians**[19]. Der Knecht, welcher nach dem Römiſchen Recht gar keine Perſon hatte, ſondern als bloſe Sache, die zum Vermögen des Privatmannes gehörte, behandelt wurde, war keiner Rechte und Verbindlichkeiten, das iſt, ſolcher, die das Geſetz dafür anerkannt hatte, fähig. Dero=

praeſtationem habere intelliguntur, palam et capitis deminutione non perire; quia civilis ratio *naturalia iura* corrumpere non poteſt.

16) Gmelin a. a. O. §. 58.

17) CHARONDAS *in Veriſimil.* Lib. I. c. 4. n. 2. hat dieſes Fragment eben ſo ausgelegt. S. OTTONIS Theſ. Iur. Rom. T. 1. p. 692.

18) S. Sammlung der röm. Geſetze auf Befehl Kr. Juſtinians verfertiget, ins Teutſche mit erläuternden Anmerkungen überſetzt. 1. Theil Pandekten. Frankf. u. Leipz. 1785. S. 54. Anmerk. d.

19) *L. 41. D. de peculio.*

Derowegen ſagt **Ulpian:** nec ſervus quidquam debere poteſt, nec ſervo poteſt deberi. Als Menſch hingegen konnte er unſtreitig Rechte und Verbindlichkeiten haben. Aber nach der Sprache der Juriſten waren ſie's nicht in der eigentlichen Bedeutung, weil das Geſetz ſie nicht dafür erkannte, und der Name der Verbindlichkeit hatte hier mehr ſeine Beziehung auf das Factum der Convention, als die Eigenſchaften einer geſetzlichen Verbindlichkeit [20]).

Ich bin weit entfernt, dieſe Geſetzerklärungen als unrichtig zu verwerfen, gebe vielmehr zu, daß, wenn man *ius* für ein, durch die Civilgeſetze gebildetes und anerkanntes Recht, und *factum* für natürliches Recht, oder natürliche Verbindlichkeit nimmt, ſich manche dieſer Stellen vortreflich erklären laſſen; ob aber dieſe Bedeutung bey allen oben angeführten Geſetzſtellen deßwegen nothwendig zum Grunde gelegt werden müſſe, zweifle ich doch ſehr; ich glaube vielmehr, daß manche derſelben weit natürlicher interpretirt werden könne, wenn wir die oben nr. I. angeführte Bedeutung des Worts *ius* zum Grunde legen, und das Wort *factum* in ſeiner eigentlichen Bedeutung nehmen. Bey der *L.* 48. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* und *L.* 38. §. 6. *D. de verbor. obligat.* iſt dieſes ganz offenbar. Ich glaube aber auch, daß ſich dieſes von *L.* 27. §. 2. *D. de pactis* ebenfalls behaupten laſſe. **Paulus**, aus deſſen dritten Buch über das Edict dieſes Fragment genommen iſt, ſagt daſelbſt: Wenn einer, der die Schuld erlaſſen hat, (pactus, ne peteret,) dieſelbe ſich durch einen zweiten Vertrag wiederherſtellen laſſen (poſtea convenit, *ut peteret*), ſo wird das erſte pactum durch das zweite aufgehoben; jedoch nicht *ipſo iure*, wie eine Stipulation, wenn die Partheyen

20) Gmelin a. a. O. und §. 58.

thenen wollen, (ſi hoc actum eſt) durch eine andere aufgehoben wird; (welche nehmlich in der Abſicht, eine Novation vorzunehmen, geſchloſſen worden) warum? quia in ſtipulationibus, ſagt **Paulus** *ius* continetur, in pactis *factum* verſatur: der exceptioni pacti, ſezt daher der Juriſt hinzu, müſſe in dem angezeigten Fall durch eine Replik begegnet werden (replicatione exceptio elidetur). Wenn wir ſo dieſe Geſezſtelle in ihrem Zuſammenhange betrachten, ſo ergiebt ſich, wie auch ſchon **Hugo Donellus** [21]) richtig bemerkt hat, daß hier von den gerichtlichen Wirkungen der Stipulationen und Verträge die Rede iſt, und beſonders auf die Art und Weiſe gezielet wird, wie ſie bey den Römern vor Gericht vorgeſchüzt werden muſten oder konnten, um dadurch eine Befreyung oder Erneurung einer Verbindlichkeit zu bewirken. Mich dünkt daher diejenige Erklärung weit natürlicher zu ſeyn, wenn wir jene Worte, die den Entſcheidungsgrund enthalten, ſo auslegen; weil Stipulationen ipſo iure und vermöge Verordnung der Civilgeſetze wirken, ohne daß hierzu ein neues factum perſonae erfordert wird; pacta aber ehender nicht, als wenn man die deshalb von Prätor ertheilte Exception oder Replic in Gerichten vorſchüzt, alſo ein factum unternimmt [22]). Nach der Röm. Proceßordnung muſte daher die exceptio pacti ſogleich bey der Litis Conteſtation der Klage entgegen geſetzet werden, damit ſie der Prätor der formulae iudicii, die er dem iudici pedaneo vorſchrieb, einverleiben konnte. War ich hingegen durch

[21]) in Commentar. de iure civ. Lib. XXIV. c. 2.

[22]) So erkläret dieſe Stelle auch *Nic. Chriſtoph. L. B. de* LYNKER in praeſcript. publicis ad textus quosdam iuris ſelect. (*Viennae* 1723. 8.) Praeſcript. XXI. p. 166.

durch eine Stipulation von meiner Verbindlichkeit frey geworden, ſo war es genug, wenn ich nur bey der Litis-Conteſtation dem Kläger ſagte, *me dare non oportere*, die weitere An- und Ausführung meiner Einrede, daß eine Novation vorgegangen ſey, brauchte erſt beym Judex Pedaneus zu geſchehen [23]). Was endlich die Stelle des **Herennius Modeſtinus** anbetrift, ſo dürfte es wohl noch vielen Zweifeln unterworfen ſeyn, ob unter dem *facto* natürliches Recht zu verſtehen. Denn **Modeſtin** ſagt nicht, daß die Habitation mehr in facto als in iure beſtehe, ſondern er handelt von dem Vermächtnis der Habitation, und ſetzt es mit dem Legato annuo und menſtruo in ſoweit in eine Klaſſe, daß das eine ſo wenig als das andere durch die Kapitis Deminution gänzlich aufgehoben werde. So wenig alſo ein legatum in annos ſingulos vel menſes ſingulos relictum für ein natürliches Recht anzuſehen, ſo gewiß iſt es auch wohl, daß das Legat der Habitation ſeine ganze Form und Kraft durch die Civilgeſetze erhalten, und auch daraus allein zu beurtheilen ſey. Ohnſtreitig hat unter allen Interpreten der berühmte Herr geh. JuſtizR. **Böhmer** [24]) den Modeſtinus am richtigſten erklärt, wenn er ſagt: [25]) ſane vix idoneus nexus rationis cum ipſa deciſione intelligitur, niſi legatum, de quo agit Modeſtinus, *ratione acquiſitionis* et *conſtitutionis*, ob huius nexum cum amiſſione, *in facto* potius quam *in iure* conſiſtere dicatur hoc ſenſu, quod non ipſo iure,

23) Vergleiche Hugo Donellus a. a. O. pag. 1282.

24) Siehe Deſſelben elegante Obſervationem ad ſententiam Modeſtini *in L. 10. D de capite minut.* Gott. 1778. Auf eine ähnliche Art erklärt dieſe Stelle auch DONELLUS in Comment. de iure civili Lib. X. cap. 21.

25) in der angeführten Schrift §. X. p. 13.

iure, ſed praevio eo facto, in quo legatum conſiſtit, conſtituatur. Non enim ſemel, ſed iterum iterumque eodem facto continuo utrumque legatum conſtituitur, perinde ut *uſusfructus repetitus* quotidie conſtitui dicitur [26]). **Modeſtin** nimmt alſo das Wort *ius* hier ebenfals in der oben angegebenen erſtern Bedeutung, und will ſoviel ſagen: darum gehe das Legat der Habitation durch etwa erfolgte Capitisdeminution des Legatars nicht ſchlechterdings verlohren, weil ein dergleichen Legat die beſondere Eigenſchaft habe, quod eius dies poſt aditam hereditatem non ſimpliciter cedat *ipſo iure*, ſed per *factum* demum *habitationis*, et ex eo tempore, quo legatarius habitare incipit, idque ideo nec ſemel cedat, ſed ſaepius. Man ſiehet dies aus der Vergleichung, welche **Modeſtin** zwiſchen dieſem Legat der Habitation und einem legato annuo vel menſtruo anſtellet, welches bekanntermaßen nicht ein einziges, ſondern ein vielfaches, und zwar ein ſo viel jähriges oder ſoviel Monathliches Legat iſt, als der Legatar erlebt. So wie nun alſo dieſes Legat, wenn der Legatarius etwa eine Capitisdeminution erleidet, nur für die verfloßene Zeit, da derſelbe unfähig geweſen, das Legat zu genieſſen, nicht aber für die künftige verlohren gehet, vielmehr, ſobald das Hinderniß gehoben, gleichſam von neuen wieder anfängt, und ſeinen Fortgang hat [27]), *quia ſingulis annis menſibusve veluti renaſcitur;* ſo verhalte ſich's nun eben ſo auch mit dem Vermächtniß der Habitation [28]). Ich werde dieſe Erklärung

26) *L. 1. §. 3. in fin. D. de uſufr. accreſc.*

27) *L. 1. pr. D. Quando dies uſusfr. legati cedat.*

28) Marcellus ſagt zwar in *L. 15. pr. D. de uſufr. legat.* legatum habitationis *unum videtur legatum eſſe.* Allein der Juriſt redet hier von einem ſolchen legato habitationis

klärung am gehörigen Ort *Lib. VII. Tit.* 4. §. 642. mit den nöthigen Beweißen unterſtützen [29]).

§. 2.

Begrif, Eintheilung und Quellen der Verbindlichkeit. Erklärung des *pr. I. de obligat.* und der *L. 1. D. de obligat. et action.*

Wo ein **Recht** iſt, da iſt auch eine **Verbindlichkeit** vorhanden, demſelben gemäß zu handeln. (Iuri reſpondet obligatio). Dieſes kann auf zweierley Art verſtanden werden. Einmal, wenn man das Wort *ius* für Geſetz nimmt, ſo heißt es ſoviel: wo ein Geſetz iſt, da iſt auch eine Verbindlichkeit, ſeine Handlungen nach der Vorſchrift deſſelben einzurichten. Zum andern, wenn

nis, quod per formulam damnationis relictum eſt: z. B. *Damnas eſto heres, Titium ſinere in illa domo habitare, quoad vivet.* Ein ſolches Legat war freylich ſeiner Natur nach nur ein einiges, nehmlich in Anſehung des Erben, welchem der Teſtator die Verbindlichkeit auferlegt hatte, den Legatarius in dem beſtimmten Hauſe wohnen zu laſſen. Dieſe Verbindlichkeit iſt nur eine einzige, und der Erbe hat derſelben ein Genüge gethan, ſo bald er nach angetretener Erbſchaft dem Legatar die Wohnung eingeräumt hat. Nur auf Seiten des Legatars iſt das Vermächtniß der Habitation mehrfach. S. Böhmer a. a. O. §. VII.

29) Von denen mancherley Bedeutungen des Worts *ius* haben übrigens *G. Chr.* GEBAUER in Diſſ. de iuſtitia et iure Gött. 1738. rec. 1777. §. VI. ſqq. *Georg. Chriſtoph.* NELLER in Principiis iuris, de iure, quod tribuit Iuſtitia, und in der Abhandlung de bono, aequo et iuſto in Opuſc. T. I. P. I. N. 3. et 4. desgleichen *Ier. Eb.* LINCK in Diſſ. de iure variisque eius ſignificationibus. Argent. 1741. obgleich alle nicht vollſtändig, gehandelt.

wenn man unter *ius* ein nach den Geſetzen zuſtehendes Vermögen etwas zu thun verſtehet, ſo hat jener Grundſatz den Verſtand: Wenn die Geſetze jemanden ein Recht ertheilen, ſo verpflichten ſie ſeine Mitbürger, die Ausübung deſſelben geſchehen zu laſſen. Denn niemand darf den andern in ſeinem Recht kränken, oder ihn an deſſen Ausübung hindern.

Was iſt nun aber **Verbindlichkeit**? Der Begrif, den wir in dem Römiſchen Geſetzbuche (*pr. I. de obligat.*) davon finden, iſt folgender: obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur, alicuius rei ſolvendae, ſecundum noſtrae civitatis iura. Es iſt ganz offenbar, daß **Juſtinian** keinen allgemeinen Begrif gegeben, ſondern eine ſolche Verbindlichkeit definirt hat, die bürgerlich wirkſam iſt, und aus welcher nach Römiſchen Rechten eine Klage gegen den Schuldner erhoben werden konnte. Dies zeigen die Worte *ſecundum noſtrae civitatis iura* unter andern ſehr deutlich an; es ſcheint dies auch der recht eigentliche Begrif der Obligation im Sinn des Röm. Civilrechts zu ſeyn, wenigſtens kann man ſich's nun erklären, wenn **Julian** in *L.* 16. §. 4. *D. de fideiuſſor.* ſagt, eine natürliche Verbindlichkeit, die keine Klage wirkt, ſey nur uneigentlich und per abuſionem eine *obligatio* zu nennen; ja wie lebhaft ſich die Römiſchen Juriſten überzeugt haben müſſen, daß nur eine vollkommene Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung mit Beyſtand der Rechte geklagt werden kann, den Namen einer Obligation verdiene, läſſet ſich weiter daraus erkennen, wenn in *L.* 7. §. 4. *D. de pactis* geſagt wird, ein ſogenanntes pactum nudum wirke keine Verbindlichkeit, (d. i. kein Recht zu klagen) ſondern nur eine Exception; und derjenige nur ſey für einen Schuldner zu halten, a quo *invito* exigi

pecunia poteſt. *L.* 108. *D. de V. S.* Das Wort *ſolvere* wird übrigens in der Definition der Obligation im weitläuftigen Verſtande genommen, und begreift dare, facere, praeſtare id, quod debeas, unter ſich, *L.* 3. *D. de O. et A.* Siehe auch *L.* 176. *D. de V. S.* Der Zuſatz *ſecundum noſtrae civitatis iura* enthält eine Modification des rechtlichen Bandes, ſo durch die Obligation geknüpft wird, und will, wie Hugo Donellus [30]) dieſe Worte erklärt, ſoviel ſagen: adſtringimur vero non quibuslibet modis, non ut cuique viſum eſt, non ut quis quid vi, aut turpiter promiſit; ſed ut ſunt adſtringendi cauſae *ſecundum noſtrae ciuitatis iura.* Iura civitatis Romanae zeigen zwar vorzüglich die mancherley Gattungen des poſitiven Römiſchen Rechts an, und geben nicht undeutlich zu erkennen, daß es nicht genug ſey, wenn zwar die Verbindlichkeit vom Civilrecht anerkannt, vom Prätor aber entkräftet worden; denn nur eine bürgerlich würkſame Verbindlichkeit, die kein Geſetz entkräftet, verdient nach jenem Röm. Begrif den eigentlichen Nahmen *Obligatio* [31]); inzwiſchen iſt das natürliche Recht (ius gentium) nicht auszuſchlieſſen. Nam Populus Romanus, ſagt Juſtinian §. 1. *fin. I. de iure nat. gent. et civ.* partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Nach Juſtinians Begrif wäre alſo *Obligatio* die von den bürgerlichen Geſetzen als würkſam anerkannte moraliſche Nothwendigkeit, jemanden ein gewiſſes beſtimmtes Object zu leiſten [32]); und ſoll alſo

[30]) in Commentar. de iure civ. Lib. XII. c. 1.

[31]) Man ſehe *Ian. a* COSTA *ad h. pr. I. de obligat.* und *Ern.* TENTZEL de definitione legali obligationis. Erf. 1737.

[32]) In einer noch eingeſchränktern Bedeutung wird *Obligatio* in unſern Geſetzen auch für Verpfändung genommen;

alſo nicht jede allgemeine Pflicht, z. E. keinem andern etwas von dem Seinigen zu entziehen, und überhaupt keine ſtrafbare Handlung zu begehen, darunter verſtanden ſeyn, ſondern ſie ſezt vielmehr jederzeit eine Perſon voraus, welche einer andern zu einem beſtimmten Thun oder Geben verbindlich gemacht worden iſt [33]).

Daß alſo der legale Begrif des Röm. Rechts von der Obligation wenigſtens nicht als allgemeiner Begrif der Verbindlichkeit gelten könne, weil er den Gegenſtand nach ſeinem ganzen Umfang nicht in ſich faßt, iſt gewiß. Was iſt alſo **Verbindlichkeit** überhaupt? Ich muß, ehe ich den richtigern Begrif davon überhaupt feſtſetze, vor allen Dingen bemerken, daß man insgemein die Verbindlichkeit aus einem zwiefachen Geſichtspunct zu betrachten pflegt, je nachdem nehmlich dieſelbe entweder Jemanden auferlegt wird, oder demjenigen wirklich obliegt, welcher vermöge derſelben verpflichtet wird. Jenes nennt man die **active**, dieſes die **paſſive** Verbindlichkeit, und ſo wie man die erſtere durch *connexionem motivi cum actione* definirt, ſo verſtehet man im Gegentheil unter der leztern *qualitatem moralem paſſivam, qua quis praeſtare aut pati quid tenetur.* Man findet dieſe Begriffe beym **Wolf**, **Puffendorf** und andern. Allein wenn ſich gleichwohl die Obligation in die active und paſſive eintheilen läſſet, wie in der Folge ſich ergeben wird, auch dieſe Eintheilung in dem Syſtem des bürgerlichen Rechts nicht unbekannt iſt; denn wem ſollte wohl die bekannte Ein-

men; *L. 1. §. 2. D. de reb. eor. qui ſub tut.* Siehe D. *Car. Chriſtph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T.I. (Tübingae 1788.) §. 670.

33) S. Hugo Inſtitutionen des heutigen Röm. Rechts (Göttingen 1789.) §. 31.

Eintheilung der Correalobligation in die active und paſſive hierbey nicht einfallen? ſo ſind doch jene gemeine Begriffe viel zu wenig brauchbar, da es ihnen nicht nur an gehöriger Deutlichkeit, ſondern auch an Richtigkeit ermangelt. Wenn da, wo Motiven an fremde Handlungen geknüpft werden, allemal auch eine Verbindlichkeit vorhanden ſeyn ſoll, ſo wird auch der Straſſenräuber mir eine Verbindlichkeit auflegen können, wenn er mir den Tod drohet, und mich dadurch nöthigt, ihm das Meinige hinzugeben. Ich weiß wenigſtens nicht, wie man dieſer Folge ausweichen will, denn ſind in dieſem Fall nicht Motive und Handlung connex? Motive können zwar die Erfüllung desienigen bewirken, was eine ſchon vorhandene Verbindlichkeit uns auflegt; allein der Begrif der Obligation ſelbſt läſſet ſich daraus nicht formiren; denn ein anders iſt Verbindlichkeit an ſich; ein anders äuſſere Erfüllung derſelben, wie auch ſchon von andern längſt bemerket worden [34]). Der richtige Begrif der Verbindlichkeit iſt alſo vielmehr dieſer. Sie iſt überhaupt genommen nichts anders, als eine durchs Geſetz jemanden auferlegte Nothwendigkeit, etwas zu thun oder zu unterlaſſen. Wir bemerken dabey folgendes:

Erſtlich: Daß die Verbindlichkeit der Regel nach keine abſolute, ſondern nur eine moraliſche Nothwendigkeit mit ſich führt, welche alſo nicht alle Freyheit zu handeln ausſchließt, ſondern unſere freye Handlungen nur unter der Bedingung determinirt, wenn man ein Uebel

34) S. *Chriſtoph. Frid.* SCHOTT de notione obligationis. Tübing. 1754. inter EIVSDEM Diſſert. iur. naturalis. Tom. I. (Erlang. 1784 8.) Diſſ. III. §. 19. und Adolph Dietrich Webers ſyſtematiſche Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit I. Abth. (Schwer. Wismar u. Bützov.) 1784. §. I.

Uebel vermeiden, oder ein gewiſſes Gut erlangen will. Unter dieſen Umſtänden bleibt mir alſo das Gegentheil deſſen, was meine Verbindlichkeit erheiſcht, nach meinen phyſiſchen Kräften noch immer möglich, obgleich freylich nach der Natur deſſen, was moraliſch nothwendig [35]) genennet wird, das Gegentheil nicht ſtatt finden kann, wenn das Verhältniß meiner freyen Handlung zu der Regel, wodurch dieſelbe beſtimmt wird, erhalten werden ſoll. Indeſſen kann doch die Verbindlichkeit unterweilen auch eine abſolute Nothwendigkeit mit ſich führen. Ein Beyſpiel davon geben die Zwangscopulationen, welche in einem ſolchen Fall gewöhnlich zu ſeyn pflegen, wenn ein Beyſchlaf unter dem Verſprechen der Ehe geſchehen iſt [36]), ob ſich gleich gegen die Zweckmäßigkeit derſelben noch manches nicht ohne Grund erinnern lieſſe [37]).

Zweitens: da die Verbindlichkeit eine vom Geſetz auferlegte Nothwendigkeit zu handeln iſt, ſo iſt folglich das Geſetz der wahre Grund aller Verbindlichkeit. Dieſes ertheilt der Verbindlichkeit ſelbſt Daſeyn und Weſen, dahingegen die damit verknüpften Motiven, nehmlich die Vorſtellungen des Guten und Böſen, wodurch wir derſelben gemäß zu handeln beſtimmt werden,

35) SCHOTT in der angeführten Diſſert. §. IX. ſagt: *moraliter neceſſarium* eſſe id, cuius oppoſitum ſalvo reſpectu actionum liberarum ad regulam eſt impoſſibile.

36) Quiſtorp in den Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien 1. B. 2. St. N. XIII.

37) S. Joh. Jac. Cella von Strafen unehelicher Schwängerungen, beſonders von denen dießfalls gebräuchlichen Zwangskopulationen. Anſpach 1784. 8.

werden, nur in ſo weit in Betrachtung kommen, als ſie die Erfüllung desjenigen bewürken können, was eine ſchon vorhandene Verbindlichkeit uns auflegt.

Drittens: alle Verbindlichkeit ſezt ein beſtimmtes Subject voraus; dieſes kann zwifach ſeyn, einmal dasjenige, welchem die Verbindlichkeit obliegt, und das vermöge derſelben etwas zu leiſten ſchuldig iſt, zweitens dasjenige, welches berechtiget iſt, die Erfüllung derſelben von jenem zu fordern. Erſteres wird das *Subjectum paſſivum obligationis* oder debitor in weitläuftigem Verſtande *L.* 108. *D. de V. S.* lezteres aber *ſubiectum activum obligationis*, oder creditor im allgemeinen Verſtande genennt *L.* 11. *D. de V. S.* Eine Verbindlichkeit kann alſo ſowohl auf Seiten des Creditoris, welcher vermöge derſelben etwas zu fordern berechtiget iſt, als auf Seiten des Debitoris, welcher vermöge derſelben etwas zu leiſten ſchuldig iſt, betrachtet werden. Iſt nun der Creditor das Subject der Verbindlichkeit, ſo wird ſie *obligatio activa* [38]), iſt es aber der Debitor, eine *obligatio paſſiva* genennt.

Viertens: alle Verbindlichkeit entſpringt aus den Geſetzen. Frägt man nun, wie ſie daraus entſteht, ſo laſſen ſich zwey Fälle gedenken, nehmlich eine Verbindlichkeit entſpringt entweder unmittelbar aus den Geſezen, ohne daß derjenige, welchem ſie obliegt, ſich erſt durch eine beſondere Handlung ſolche zugezogen hätte, oder ſie entſtehet nicht unmittelbar aus den Geſetzen, ſondern ſezt eine moraliſche Handlung desjenigen, dem ſie obliegt, zum voraus, welche den nächſten Grund ihrer Würklichkeit enthält. Eine Verbindlichkeit der erſtern

[38]) daß ſich vom Creditor active eine Obligation prädiciren laſſe, beweißt auch Ulrich Huber in Digreſſionib. Iuſtinian. pag. 318. ſqq.

ſtern Art nennt man eine **unmittelbare**, dahin gehört z. B die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier ungereizt auf eine bey der Art von Thieren, zu welchen das ſchädliche gehört, ſonſt nicht gewöhnliche Weiſe angerichtet hat (*ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur*): denn hier iſt kein factum hominis, geſchweige denn eine Handlung des Beſitzers, welchen die Verbindlichkeit zur Schadensersetzung obliegt, vorhanden, die den nächſten Entſtehungsgrund der Verbindlichkeit abgeben könnte; und da nur freye Handlungen als obligatoriſche angeſehen werden können, ſo verſtehet ſich's von ſelbſt, daß die Handlung eines unvernünftigen Thieres ohnmöglich dahin gerechnet werden kann. Dieſe Verbindlichkeit entſtehet alſo unmittelbar aus den Geſetzen. Dahin gehört ferner die Verbindlichkeit eines Beſitzers, demjenigen eine innehabende Sache vorzuzeigen, welchem, um ſeine vermeintlich daran habende Anſprüche geltend machen zu können, beſonders daran gelegen iſt, ſelbige zu ſehen (*obligatio ad exhibendum*). Wenn im Gegentheil nicht die Vorſchrift des Geſetzes unmittelbar, ſondern eine beſondere vom Geſetz beſtimmte moraliſche Handlung desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegen ſoll, den nächſten Entſtehungsgrund derſelben ausmacht, ſo wird ſie eine **mittelbare** Verbindlichkeit genennt [39]).

Fünf-

[39]) Es giebt einige Rechtsgelehrten, welche die Eintheilung der Verbindlichkeiten in **mittelbare** und **unmittelbare** ſchlechterdings verwerffen, weil, ihrer Einſicht nach, ohne alles Factum gar keine Verbindlichkeit denkbar ſey. Siehe Dr. Meurers **juriſtiſche Abhandlungen und** Beobachtungen. 1. Sammlung 1. Auffatz. Allein *L. 52. pr.* und *§. 5. D. de obl. et act.* beweißt dieſe Eintheilung deutlich. Ueberdies kommt es bey dieſer Diſtinction nicht darauf

Fünftens: da eine mittelbare Verbindlichkeit ein factum obligatorium zu ihrer Würklichkeit erfordert, ſo kommt es nun auf die verſchiedenen Arten der Handlung an, um eine richtige und vollſtändige Theorie von Entſtehung der Verbindlichkeit bilden zu können. Gewöhnlich pflegt man in den gemeinen Lehrbüchern die facta, woraus Verbindlichkeiten entſpringen, auf zwey Hauptclaſſen zu reduciren. Erlaubte — und unerlaubte Handlungen. Erſtere, ſagt man, ſind die Verträge, leztere hingegen die Verbrechen. Daher die bekannte Regel der Doctorum, welche den Grund aller mittelbaren Verbindlichkeit in ſich faſſen ſoll: omnis obligatio mediata oritur vel ex pacto vel ex delicto. Allein wie unzulänglich dieſe Theorie ſey, und wie wenig ſie dem Syſtem der Röm. und heutigen Rechtsgelahrtheit angemeſſen, läſſet ſich leicht erweiſen. Der Kaiſer Juſtinian beſtimmt in ſeinen Inſtitutionen (§. *ult. I. de obligat.*) den Entſtehungsgrund der mittelbaren Verbindlichkeiten dahin: obligationes aut ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu, aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Wo bleiben nun nach der gemeinen Theorie die hier ausdrücklich genannte obligationes, quae quaſi ex contractu naſcuntur, wovon ein ganzer Titul der Inſtitutionen handelt (Tit. 28. Lib. III.)? Dieſe entſtehen doch

darauf an, ob überhaupt ein Factum desjenigen, welchem die Verbindlichkeit obliegt, vorhanden, oder nicht, ſondern ob ſie ihren nächſten Grund (*cauſam proximam*) aus geſetzlicher Diſpoſition, oder aus einer moraliſchen Handlung desjenigen, dem ſie obliegt, ableite. Sezt man den diſtinctiven Character der unmittelbaren und mittelbaren Verbindlichkeit darinn, ſo iſt die Eintheilung vollkommen gerechtfertiget. S. NETTELBLADT in Syſtemate elementari iurispr. poſitivae Germanor. commun. generalis. Halae 1781. §. 295. et 296.

doch gewiß ſo wenig aus Verträgen, als aus Verbrechen. Wo bleiben ferner die obligationes, quae quaſi ex maleficio ſunt, wovon *Tit. 5. Libri IV. Inſtitut.*? Jedermann ſiehet alſo wohl die Unzulänglichkeit jener Regel ein; nun will man der verlornen Sache zwar mit einer Fiction zu helfen ſuchen, mittelſt welcher man diejenigen facta, welche zu keiner von beyden erwähnten Quellen gehören, bald der einen, bald der andern beizuzählen ſich bemühet. Man ſagt nehmlich, wer durch erlaubte Handlungen, die keine Verträge ſind, verbindlich wird, bey dem fingiren die Geſetze, daß er einen Vertrag geſchloſſen; und wenn aus unerlaubten Handlungen, ſo keine eigentliche Verbrechen ſind, eine Verbindlichkeit entſtehet: ſo rührt dieſes daher, weil die Geſetze ein eigentlich nicht vorhandenes Verbrechen als würklich geſchehen, annehmen. Allein daß dieſe herbeygezogene Fiction ungereimt, und eine in Geſetzen nirgends gegründete Chimäre ſey, wird zu ſeiner Zeit dargethan werden. Etwas verſchieden von jener iſt die Theorie des Gajus in *L. 1. D. de obligat et action.* Obligationes aut ex contractu ſunt, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris. Hier wird, auſſer den Verbindlichkeiten, welche aus einem Contract oder Verbrechen herrühren, als einer dritten Gattung, annoch ſolcher gedacht, welche *proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris* entſtehen. Dieſe letztere Gattung ſoll alle die Verbindlichkeiten in ſich faſſen, wozu weder Contract, noch Verbrechen des Schuldners den Grund gegeben. So mancherley nun dieſe cauſarum figurae ſeyn können, die ein beſonderes Fundament von Verbindlichkeiten abgeben, ſo weder zu den Contracten, noch Verbrechen zu rechnen iſt, ſo ſcheint dennoch Gajus unter jener Gattung der Verbindlichkeiten, welche

ex

ex proprio quodam iure et variis cauſarum figuris ihre Entſtehung herleiten, vornehmlich diejenigen verſtanden zu haben, die ſowohl unmittelbar aus Geſetzen, als welche quaſi ex contractu oder quaſi ex delicto herrühren. Schon Anton Schulting in notis ad Gaii inſtitut. L. II. Tit 9. *Iurisprud. Antejuſt.* pag. 144. edit. *Ayrer.* erklärte ſich dieſe Worte des Gajus alſo: *Sub illis, quae proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris naſcuntur, comprehendere videtur, tam quae quaſi ex contractu vel quaſi ex delicto ſunt, quam quae ex lege, edicto, vel alio ſimili iure naſcuntur.* Und Herr Prof. Weber hat dieſe Erklärung in ſeinem klaſſiſchen Werk von der natürlichen Verbindlichkeit 1. Abtheil. §. 22. S. 55. aus der Verbindung der Fragmente des Gajus, worin derſelbe von dem Entſtehungsgrund der Verbindlichkeiten handelt, und welche in den Pandecten [40]) nach eben der Reihe und Folge geordnet ſind, wie man ſie in ſeinen Schriften ſelbſt angetroffen, ſo einleuchtend bewieſen, daß ich ihm hierin beyzutreten, kein Bedenken finde. Denn wenn der Juriſt zuförderſt (*princ. cit. Leg.*) die Hauptquellen der Verbindlichkeiten in allgemeinen angiebt; nehmlich den Contract, das Verbrechen, und dasjenige beſondere Fundament, ſo er unter dem proprio

iure

40) Vergleiche *L. 1. 4. et 5. D. de obligat. et act.* Alle dieſe Fragmente ſind aus des GAII *libris Aureorum* genommen, wie die Inſcription derſelben lehrt, und zwar L. 1. ex lib. 2. Aureorum; L. 4. und 5. aber ex lib. 3. Aureor. die Ueberſchrift des L. 4. heißt GAIVS *lib. 3. Rerum Quotidianarum, ſive Aureorum.* Vermuthlich gab Gajus ſeinem Buch dieſen Titul, weil gemeinnützige Sachen darinn enthalten, ſo in foro täglich vorkommen, und welche eben deßwegen beſonders ſchätzbar waren. S. *Franc. Car.* CONRADI *de Caii libris Rer. Quotid. ſive Aureorum* in Parergis Lib. 1. n. VII. p. 113.

iure variisque cauſarum figuris verſtehet; darauf aber jede dieſer Quellen wieder beſonders durchgehet; und *L.* 1. §. 1. *ſq.* mit dem Contract den Anfang macht, deſſen verſchiedene Eintheilungen angiebt, ohne der Verbindlichkeiten quaſi ex contractu mit irgend einem Worte dabey zu erwähnen, geſchweige denn ſolche als Untergattungen dahin zu rechnen; wenn er darauf *L.* 4. von den Verbindlichkeiten ex maleficio redet; und dann erſt, nachdem er alles dieſes abſolviret, die beſondern Verbindlichkeiten quaſi ex contractu und quaſi ex delicto nachholet, und von erſtern *L.* 5. *pr. et* §. 1. *ſqq.* bis zum 4ten, von leztern aber §§. 4 *ſqq.* bis zu Ende deſſelbigen *L* 5. [41]) handelt; ſo iſt wohl nichts wahrſcheinlicher, als daß er dieſe zu der allgemeinen Rubrik ex variis cauſarum figuris, wovon wir ſonſt keine beſondere Erläuterung antreffen, gerechnet habe [42]).

So gewiß ich überzeugt bin, daß die vorgetragene Erklärung dem wahren Sinn der Römiſchen Rechtslehrer von der Entſtehungsart der Verbindlichkeiten vollkommen gemäß ſey; ſo iſt und bleibt doch auch die Theorie der Römiſchen Rechtsgelehrten ſelbſt nicht nur dunkel,

[41]) *L. fin. D. de extraord. crimin.* welche auch ex GAII *lib.* 3. *Rerum Quotid. ſeu aureorum* genommen iſt, und von dem quaſi delicto iudicis litem ſuam facientis handelt, ſcheint mit dem §. 4. *L.* 5. *D. de obl. et act.* einerley zu ſeyn; nicht ohne Grund haben daher PRATEIVS in Iurisprud. med. Lib. I. c. 19. und PANCIROLLVS in Theſ. variar. Lection. Lib. I. c. 78. ſelbige inter geminationes Pandectarum gezählet. Jedoch urtheilet Wiſſenbach ganz richtig, daß die leztern Worte jener L. fin. nach *quaſi ex maleficio teneri*, ein Zuſatz der Compilatoren wären.

[42]) Siehe auch Donellus in Commentar. de iure civ. Lib. XII. c. 5.

kel, ſondern iſt auch in manchem Betracht ſehr unzulänglich, und überhaupt unſerm heutigen Rechtsſyſtem nicht mehr angemeſſen, indem die Römiſchen Juriſten in den oben angeführten Geſetzſtellen nach Maßgabe des Begrifs, welchen ſie ſich von einer Verbindlichkeit machten, bey Beſtimmung der Entſtehungsart derſelben nur lediglich die Quellen ſolcher Verbindlichkeiten angegeben, welche würklich in den Gerichten eine Klage hervorbringen, und daher der Verträge nicht erwähnen, weil aus Verträgen an ſich bey den Römern keine Klage entſtand [43]). Wollen wir alſo eine vollſtändige Theorie von den Entſtehungsgründen der Verbindlichkeiten formiren, welche unſerm heut zu Tage gangbaren Rechtsſyſtem angemeſſen iſt, ſo muß es meiner Meinung nach auf folgende Art geſchehen:

Verbindlichkeiten rühren entweder unmittelbar aus Geſetzen her, oder ſie gründen ſich zunächſt auf obligatoriſche Handlungen. Jene werden unmittelbare Verbindlichkeiten (*Obligationes immediatae ſeu ex legibus*) dieſe aber mittelbare Verbindlichkeiten genennt.

Leztere ſind nach Verſchiedenheit der Handlungen, die den nächſten Grund davon ausmachen, wiederum mancherley und folgendergeſtalt näher zu beſtimmen.

Sie entſtehen entweder aus erlaubten, oder aus unerlaubten Handlungen. Iſt das erſtere, ſo beſtehen dieſe entweder in einem acceptirten Verſprechen, oder in andern Arten erlaubter Handlungen. In erſterm Fall haben wir Verbindlichkeiten aus den Verträ-

43) Warum die Röm. Rechtsgelehrten die Hauptſumme der bürgerlich vollkommenen Verbindlichkeiten, da wo keine unerlaubte Handlung vorlag, auf Kontracte reducirt haben? hat Prof. Weber im angef. Buch. 1. Abth. §. 8. vortreflich gezeigt.

tragen, die nach der Röm. Rechtslehre entweder Contracte, oder eigentlich ſo genannte Verträge ſind, welchen Unterſchied wir zu ſeiner Zeit entwickeln werden. Im andern Fall können dieſe erlaubte Handlungen entweder in einem blos einſeitig geſchehenen, nicht acceptirten Verſprechen beſtehen, als welches in einigen Fällen durch bürgerliche Geſetze vor vollkommen verbindlich erkläret wird, oder in andern factis, die an ſich erlaubt, und durch die bürgerlichen Geſetze dergeſtalt beſtättigt worden ſind, daß ſie in gewiſſen von den Geſetzen ausdrücklich beſtimmten Fällen aus Gründen der natürlichen Billigkeit auch ohne allen Vertrag oder Verſprechen, eine eben ſo vollkommene Würkung hervorbringen, als wenn deßhalb ein Contract wäre geſchloſſen worden. Jene ſind die Verbindlichkeiten aus Pollicitationen, welche entweder *ex voto* oder *ex pollicitatione in ſpecie ſic dicta* herrühren können. Dieſe aber werden Verbindlichkeiten *quaſi ex contractu* genennt. Z. B. die Verbindlichkeit des Erben zur Auszahlung der Vermächtniſſe; dieſe entſpringt aus dem Antritt der Erbſchaft quaſi ex contractu, d. i. der Erbe handelt hier gerade ſo, und iſt auch eben ſo verpflichtet, als ein Bevollmächtigter, dem die Legatarien den Auftrag ertheilet hätten, die Vermächtniſſe für ſie in Empfang zu nehmen, gehörig aufzubewahren, und zur Zeit an ſie abzuliefern [44]). Wenn im Gegentheil Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen entſpringen, ſo können dieſe wiederum verſchieden ſeyn, je nachdem die unerlaubten Handlungen, woraus ſie entſtehen, entweder wahre Verbrechen, die ihren Urhebern moraliſch imputirt werden können, oder ſolche Hand-

[44]) Siehe Prof. Webers angef. Schrift. I. Abtheilung. §. 9.

Handlungen ſind, die an ſich zwar unerlaubt und ſträflich ſind, jedoch entweder nach den Regeln der moraliſchen Imputation, oder doch wenigſtens nach ſonſtigen Vorſchriften des ſtrengen Rechts diejenige Würkung nicht geradezu hervorbringen würden, welche vermöge beſonderer Verordnungen daraus entſpringt, d. i. nach ſonſtigen Grundſäzen des ſtrengen Röm. Rechts demjenigen nicht geradezu zur Laſt gereichen würden, welcher nach beſondern geſetzlichen Vorſchriften dafür haften muß. Die Verbindlichkeiten der erſtern Art ſind die Obligationes, quae ex delictis naſcuntur. Die Verbindlichkeiten der letztern Art aber werden obligationes quaſi ex delicto genennt. Dahin rechnen z. B. die Geſetze die Verbindlichkeit eines Richters zur Schadensersetzung, wenn er aus Verſehen und Unwiſſenheit einem streitenden Theile zu nahe gethan. Si iudex, ſagt Gajus *L. 6. D. de extraord. cognit.*, litem ſuam fecerit, *non proprie ex maleficio* obligatus videtur, ſed quia neque ex contractu obligatus eſt, et utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet *per imprudentiam*, ideo videtur, *quaſi ex maleficio*, teneri in factum actione. Nach den Grundſätzen des ſtrengen Civilrechts konnte eigentlich nur vorſätzliche Partheylichkeit und grobe Unachtſamkeit einem Richter als ein Verbrechen angerechnet werden, weil er ſein Amt nicht mercede conductus verrichtet, ſondern, als Rechtsgelehrter, eine artem liberalem ausübt arg. *L. 1. D ſi menſor falſum modum dixerit.* Ein anderes Beiſpiel, wo den Röm. Rechten nach eine obligatio quaſi ex delicto vorhanden, giebt die Verbindlichkeit eines Wirths, für den Schaden zu haften, der durch unvorſichtiges Herunterſchütten oder Herunterwerffen ſeiner Hausleuthe auf die Straſſe angerichtet worden. Der Wirth kann moraliſch betrachtet ganz unſchul-

ſchuldig ſeyn, er hat aber doch unſtreitig ehender Gelegenheit, den wahren Thäter auszufinden, und an ihm ſeinen Regreß zu nehmen, als der Beſchädigte. Grund genug zur Rechtfertigung einer zur Beförderung der öffentlichen Sicherheit ganz unentbehrlichen Legislation. Allein eben darum, weil der Beſchädigte nicht verbunden iſt, den Wirth oder Bewohner des Hauſes als den Urheber der Handlung anzuklagen, heißt es in §. 1. *I. de obligat. quae quaſi ex delict. naſcuntur:* ideo non *proprie* ex maleficio obligatus intelligitur, *quia plerumque ob alterius culpam tenetur* [45]).

Dies ſind die Begriffe von denen Obligationibus ex delicto et quaſi ex delicto in ächtem Sinn des Röm. Rechts genommen: welches ich darum erinnern muß, weil unſere heutigen Rechtslehrer andere Begriffe damit zu verbinden pflegen. Denn heut zu Tage nennt man eigentliche Verbrechen (vera delicta) ſolche, die mit Vorſaz verübt worden ſind. Hingegen, die aus bloſer Unachtſamkeit zu Schulden gebrachte Vergehungen werden von unſern heutigen Criminaliſten nur quaſi delicta genannt [46]).

Zum Beſchluß dieſer Theorie nur noch einige Bemerkungen. **Erſtlich:** wenn in unſern Geſetzbüchern ſehr oft geſagt wird, die Verbindlichkeit entſtehe *ex re*, ſo gilt dieſes von allen denjenigen Fällen, wo die Verbindlichkeit nicht von der Einwilligung des Schuldners,

C 2 noch

[45]) Man vergleiche beſonders des Prof. Webers angef. Buch. I. Abtheil. §. 10 — 20. welcher daſelbſt die Begriffe von denen obligationibus quaſi ex delicto vortreflich erklärt, und von den Irthümern der Doctorum gereiniget hat.

[46]) So lehren Böhmer, Engau, Meiſter, Quiſtorp, Koch und Püttmann in ihren Lehrbüchern der peinl. Rechtsgelahrtheit.

noch desjenigen abhängt, in deſſen Gewalt oder Aufſicht er ſich befindet. Dahin gehört einmahl, wenn die Verbindlichkeit aus einem Verbrechen entſteht, *pr. I. de obligat. quae ex delicto naſc.* wo geſagt wird: omnes obligationes ex maleficio eſſe unius generis: nam omnes *ex re* naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio, veluti ex furto etc. Zweitens, wenn die Verbindlichkeit aus einem erlaubten Geſchäft entſpringt, aus welchem derjenige, welcher ohne ſein Verſprechen und Zuſage daraus verpflichtet wird, reicher geworden iſt. Z. B. wenn ich eines Pupillen negotia gerirt habe, und zwar ſo, daß ſein Nutzen dadurch wirklich befördert worden iſt, ſo iſt derſelbe verbunden, mir meine Koſten und Auslagen zu erſtatten. Die Verbindlichkeit entſpringt hier *ex re*, d. i. ex ipſa negotii natura, ne pupillus ex alieno diteſcat, et cum damno meo fiat locupletior. Auf die Art können alſo furioſi, pupilli und andere Perſohnen, die ſich durch ihre Einwilligung nicht ſelbſt verbinden können, dennoch *ex re* obligiret werden, wie Paullus ſagt *L. 46. D. de obligat. et action.* Furioſus et pupillus ubi *ex re* actio venit, obligantur, etiam ſine curatore vel tutoris auctoritate: veluti ſi communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit: nam iudicio communi dividundo obligabuntur. Siehe übrigens Huber *in Praelect. ad Inſtitut.* Lib. III. Tit. 20. §. 2.

Zweitens. Oft iſt es ſchwer zu beſtimmen, zu welcher cauſarum figura, um mich dieſes Ausdruks des Cajus zu bedienen, eine gewiſſe Verbindlichkeit gehöre. Selbſt die Röm. Juriſten konnten ſich nicht immer hierüber vereinigen. Ein Beiſpiel giebt Celſus

in

in *L. ult. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſec.* wo er folgenden Fall vorträgt: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati re non ſecuta? in quod proclivior ſum: et ideo, ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Hier gedenkt Celſus einer *obligationis ob rem dati re non ſecuta* ſcil. ad reſtituendum. Was iſt dies vor eine Verbindlichkeit? welches iſt ihr Entſtehungsgrund? eine ſehr ſtreitige Frage; rührt ſie aus einem contractu innominato her, wie Bynckershoek Obſervat. iur. Rom. Lib. VI, c. 24. und Wieling in Lection. iur. civ. Lib. II, c. 4. behaupten? oder entſpringt ſie quaſi ex contractu, wie *Ioh. van* NECK in Diſſ. ad h. L. ult. Lugd. Batav. 1735. Cap. III. annimmt? in OELRICHS Theſ. nov. Diſſ. Belgicar. V. II. T. II. N. X. oder entſteht ſie unmittelbar aus den Geſetzen? Ich werde mich unten am gehörigen Ort hierüber näher erklären.

§. 3.

Eintheilung der Verbindlichkeit in vollkommene und unvollkommene. Prüfung der Regel: „quod tibi non nocet etc. und Erläuterung der *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc.* Vollkommenes und unvollkommenes Recht. Rechtmäſige Zwangsmittel, erſteres geltend zu machen.

Verbindlichkeiten ſind weiter, wenn man auf den Effect derſelben ſiehet, entweder vollkommene oder unvollkommene; je nachdem ſie entweder ſo beſchaffen ſind, daß man durch rechtmäſige Zwangsmittel zur Erfüllung derſelben genöthiget werden kann, oder nicht. Jene werden auch Zwangspflichten, dieſe hingegen

Liebespflichten genennet [47]. Daß dieſe Eintheilung an ſich gegründet ſey, wird kein Vernünftiger läugnen, oder man müſte behaupten, daß entweder alle Pflichten ohne Unterſchied erzwingbar, oder daß alle ohne Unterſchied unvollkommene wären, welches beydes gleich lächerlich ſeyn würde. Wichtiger noch iſt die Frage, welches die Quellen ſind, woraus vollkommene Verbindlichkeiten entſpringen? ich werde mich hiebey blos auf das poſitive Recht einſchränken, um jenem Streit auszuweichen, welchen man hierüber im Naturrecht erhoben hat. Daß man, um vollkommene Verbindlichkeiten von den unvollkommenen zu unterſcheiden, nicht immer den Gegenſtand derſelben zum Augenmerk machen dürfe, wird mir, wie ich hoffe, ein jeder gern zugeben. Denn es kann ohne Zweifel durch Verträge, Vermächtniſſe und andere dergleichen Privatdiſpoſitionen etwas in Zwangspflicht verwandelt werden, was an ſich nur Liebespflicht iſt. Doch ich will noch allgemeiner davon handeln und dieſen Gegenſtand als Wirkung der poſitiven Geſetze betrachten, welche hin und wieder dasjenige, was an ſich nur unerzwingliche Pflicht der Menſchenliebe ſeyn würde, als wirkliche Zwangspflicht behandelt wiſſen wollen. Unſere Geſetzbücher enthalten genug Fälle, welche dieſes auſſer allen Zweifel ſetzen. Iſt nicht zum Beiſpiel die Pflicht, eines Unmündigen Vormund zu ſeyn, auſſer dem Staat Liebespflicht; nach Römiſchen Rechten aber erzwingbare Schuldigkeit?

47) Wenn Paulus in *L. 17. §. 3. D. commod.* ſagt, quod quaedam *voluntatis et officii* magis quam *neceſſitatis* ſint, ſo zielet er unſtreitig auf dieſen Unterſchied.

48) Die neueſten Schriften des Herrn von Reinhards, und Herrn Oberappellations-Raths Höpfners ſind ohne mein Anführen ſchon bekannt.

keit [49])? und legt nicht ferner das Römiſche Recht [50]) einem Ehemann die vollkommene Verbindlichkeit auf, ſeine verſtorbene Ehefrau, auch wenn ſie kein Heiraths- guth eingebracht hat, auf ſeine Koſten beerdigen zu laſſen? da doch die Pflicht der Beerdigung an ſich nur unerzwingliche Pflicht der Menſchenliebe iſt. Es giebt noch mehrere Fälle, wo Liebespflicht an ſich als klag- bare Schuldigkeit vorgeſchrieben worden; dahin gehört zum Beiſpiel, daß der Vater ſeiner heirathenden Toch- ter einen ſeinem Vermögen angemeſſenen Brautſchaz mitgeben muß [51]); und dergleichen mehr [52]). Es ver- ſtehet ſich jedoch von ſelbſt, daß dasjenige, was an ſich nur Liebespflicht ſeyn würde, durch die bürgerliche Ge- ſetze wirklich vorgeſchrieben ſeyn müſſe, wenn es als Zwangspflicht zu behandeln ſeyn ſoll. Denn ein ande- res iſt freylich in denen Fällen zu behaupten, wo auch die Civilgeſetze eine Liebespflicht nur als ſolche empfeh-

 len,

[49]) Daher iſt die Tutel ein munus publicum, d. i. eine Beſchwerde, eine Pflicht, die jeder Bürger, dem eine Vormundſchaft aufgetragen wird, zum Beſten des Staats übernehmen muß, wenn er nicht eine rechtmäſige Ent- ſchuldigung für ſich anzuführen vermag.

[50]) *L. 28. D. de religioſ.* Zwar ſcheinen die Worte: *ne iniuria eius* (ſc. mariti) *videretur, quondam uxorem eius inſepultam relinqui*, eine nur unvollkommene Ver- bindlichkeit dem erſten Anſehen nach anzuzeigen, allein die vorhergehende Worte, *maritum, in quantum facere po- teſt, pro hoc conveniri poſſe*, benehmen allen Zweifel.

[51]) *L. 19. D. de ritu nuptiar. L. fin. Cod. de dotis promiſſ.*

[52]) Mehrere Beiſpiele hat Richter in der beym Helfeld angef. Diſſ. *de obligatione imperfecta ex honeſtate iuris civilis auctoritate perfecta.* Lipſ. 1751. Siehe auch *Chriſt. Henr.* BREUNING Spec. de civili obligatione et actione ex praeceptis honeſtatis. Lipſiae 1768.

len, nicht aber befehlsweiſe vorſchreiben, wovon wir unter andern in L. I. §. 3. D. de peric. et comm. rei vend. und L. 12. D. de adminiſtr. tutor. Beiſpiele finden. Wenn aber dergleichen mehr anrathende und empfehlende Beſtimmung in den Geſetzen nicht angetroffen wird; ſo iſt billig anzunehmen, daß der Geſetzgeber durch ſeine Vorſchriften perfecte zu verbinden die Abſicht gehabt habe. Da es inzwiſchen doch immer nur Ausnahme von der Regel bleibt, wenn eine Liebespflicht an ſich durch geſetzliche Vorſchrift in Zwangspflicht übergehet, ſo leitet uns die Natur der Sache auf folgende zwey Grundſätze, welche der Richter billig nie auſſer Acht zu laſſen hat. I. Was an ſich nur Liebespflicht ſeyn würde, gehört nur lediglich in den beſondern Fällen, welche die Geſetze ausdrücklich genennt haben, vor das äuſſere forum; in allen übrigen Fällen darf der Richter die Gränzen nicht überſchreiten, welche der Römiſche Rechtsgelehrte Paulus ihm vorzeichnet [53]): etſi honeſte, ex liberalitate tamen fit, quae ſervanda arbitrio eſt. Es muß daher II. bey Anwendung der bürgerlichen Geſetze, welche uns Verbindlichkeiten auflegen, die an ſich zu denen nicht erzwinglichen gehören, allemal auf die Verhältniſſe, welche die geſetzliche Sanction im Allgemeinen dabey vorausſetzet, insbeſondere aber auf die Art der Wirkung, welche ſolchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beygelegt iſt, genaue Rückſicht genommen, und keine weitere Ausdehnung geſtattet werden. Dieſen Grundſätzen zu Folge läſſet ſich daher mit Grunde nicht behaupten, daß der Vater, um eines der obigen Beiſpiele hier zur Erläuterung wieder zu gebrauchen, auch alsdann ſchuldig ſey, ſeiner heirathenden Tochter aus ſeinem Vermögen einen Brautſchaz mitzugeben, wenn jene zulängliche eigne Mittel beſitzet. Eben daraus folgt auch, daß

[53]) *L. 12. §. 3. D. de adminiſtr. et peric. tutor.*

daß in denen Fällen, wo die Geſetze wegen Verbindlichkeiten dieſer Art nur eine Einrede geſtattet haben, der gerichtliche Effect ohne Ungerechtigkeit nicht weiter erſtrecket werden dürfe [54]). Ich werde von dieſen Fällen hernach weiter reden; jezt aber muß ich noch bemerken, daß, ſo evident auch immer jene Grundſätze ſind, man dennoch auch noch heut zu Tage ſehr häufig dagegen anzuſtoſſen pflegt, und eine Menge hin und wieder herrſchender Irrthümer ergeben es nur zu deutlich, daß man jene Grundſätze gerade in den Streitigkeiten, welche ſofort ihre Entſcheidung daraus hernehmen, faſt gänzlich auſſer Acht gelaſſen hat. Zu der Menge von Unvorſichtigkeiten, welche in dieſer Hinſicht auch noch von den neueſten und angeſehenſten Rechtslehrern begangen werden, zähle ich beſonders den Mißbrauch, den man mit der faſt allgemein angenommenen Regel, quod tibi non nocet, alteri vero prodeſt, ad id poteris compelli, insgemein zu machen pflegt. Ich entſinne mich noch gar wohl, dieſe vermeintliche Rechtsregel oft in den wichtigſten Rechtsfällen als Entſcheidungsgrund geleſen zu haben. Allein unterſuchen wir den Grund derſelben genauer, ſo dürfte ſie in denen Geſetzen wohl ſchwerlich anzutreffen ſeyn. Was ſie würklich enthalten, und woraus endlich der erwähnte Satz gebildet worden, ſind die Worte des Röm. Juriſten Paulus in *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae arcendae.* Opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adverſus vicinum, ſi velim aggerem reſtituere in agro eius, *qui factus mihi quidem prodeſſe poteſt, ipſi vero nihil nociturus eſt:* haec ae-

C 5 qui-

[54]) Man vergleiche hierbey vorzüglich des gelehrten Herrn Prof. Webers mehrmals gerühmtes Werk von der natürlichen Verbindlichkeit 3. Abtheil. 7. Abſchnitt §. 99. ff.

quitas ſuggerit, etſi iure deficiamur. Allein man unterſuche nur den Fall, worauf ſich dieſe Worte eigentlich beziehen, ſo wird man leicht finden, daß jene Regel, ſo wie ſie gewöhnlich lautet, in gedachter Stelle wirklich gar nicht vorgetragen wird. Den beſondern Fall des Geſetzes ſelbſt ergeben die Anfangsworte der gedachten Stelle ganz genau. Aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum eſt, *ut aqua pluvia mihi noceret.* Hieraus ſiehet man, daß ich darum berechtiget ſeyn ſoll, auf meines Nachbahrs Grundſtück einen Damm, den die Gewalt des Waſſers weggeriſſen hatte, wieder herzuſtellen, weil es mir zum offenbahren Nachtheil gereichen würde, wenn die Herſtellung unterbliebe; und dieſes ſoll mein Nachbahr um ſo mehr zu leiden ſchuldig ſeyn, da ihm die Herſtellung des Dammes ganz unſchädlich iſt. Die Worte *prodeſſe poteſt* deuten dahero in natürlicher Verbindung mit den vorhergehenden darauf, daß wirklicher Nachtheil durch gewiſſe Unternehmungen auf fremden Grund und Boden abgewendet werden ſoll. Nicht aber werde ich dadurch berechtiget, bloß zu meinem Vortheil über das Eigenthum meines Nachbahrn zu diſponiren, geſetzt auch, daß er durch meine Unternehmungen auf dem Seinigen nicht den mindeſten Schaden litte. Und wo bleibt nun der gewöhnliche Satz, quod tibi non nocet, mihi vero prodeſt, ad id poteris compelli? Werden hierdurch nicht offenbahre Mißbräuche und Eingriffe in die Freiheit und Rechte des Privateigenthums der Bürger unter dem Deckmantel der Geſetze beſchöniget, welche die Geſetze ſelbſt doch gar nicht geſtatten? Ferner harmonirt auch jene Regel mit ihrer Quelle darum nicht, weil nach dem Inhalt der obgedachten Geſetzſtellen der Eigenthümer in dem Seinigen nur etwas zulaſſen ſoll; nach der Faſſung der daraus gezogenen Regel aber für ſchuldig erkläret

wird,

wird, dasjenige, was ihm unſchädlich iſt, einem andern zu leiſten; der ſehr unbeſtimmte Zuſatz: *ad id poteris compelli*, ſchließt wenigſtens dieſe Erklärung auf keine Weiſe aus. Wollte man nun ſtatt der bisherigen Regel eine andere eintretten laſſen, ſo würde folgende Abänderung: was mir nöthig iſt, um einen Schaden von meinem Eigenthum abzuwenden, dir aber unſchädlich iſt, das biſt du zu leiden ſchuldig, wenn ich auch gleich deshalb auf deinen Grund und Boden etwas unternehmen müßte; zwar dem Sinn gedachter Geſetzſtelle angemeſſener ſeyn. Allein ich zweifle dennoch ſehr, ob auch dieſe Regel nach der Abſicht des Geſetzes als allgemeine Vorſchrift gelten könne. Denn auch dann läſſet ſich noch nicht behaupten, daß der Eigenthümer allemal ſchuldig ſey, etwas auf ſeinem Grund und Boden zu leiden, wenn es ihm gleich unſchädlich iſt, ſondern es beſchränkt ſich alles auf die beſondern Fälle, wo die Geſetze es namentlich vorgeſchrieben, und dem Eigenthümer dieſe Verbindlichkeit auferlegt haben; denn nicht aus der Acht zu laſſen iſt der allerdings merkwürdige Umſtand, daß mich jenes Geſetz nur berechtiget, ein ſchon dageweſenes Werk, ſo aber durch die Gewalt des Waſſers war weggeriſſen worden, auf meines Nachbahrs Grundſtücke wieder herzuſtellen, wodurch ihm auf keine Weiſe geſchadet wurde [55]. Dieſes mag zur Erläuterung der Eintheilung der Verbindlichkeit in die vollkommene und unvollkommene aus denen poſitiven Geſetzen genügen. So wie nun die Verbindlichkeit entweder eine vollkommene oder unvollkommene ſeyn kann, ſo iſt

[55]) Ich darf nicht unterlaſſen, hierbey zu gedenken, daß ich bey Erklärung gedachter *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc.* von denen eleganten Bemerkungen des Herrn Prof. Webers a. a. O. S. 105. f. Gebrauch gemacht habe. Man vergleiche jedoch hierbey auch *Em.* MERILLII *Variant. ex Cuiacio.* Lib. III. cap. 39.

iſt nun auch das Recht ſelbſt für die Befugniß genommen, entweder ein vollkommenes oder unvollkommenes; je nachdem es entweder ſo beſchaffen iſt, daß derjenige, welcher unſerer Befugniß entgegen handelt, auch wider ſeinen Willen zur Erfüllung ſeiner Obliegenheit gezwungen werden kann, oder nicht. Die Zwangsmittel, wodurch man ein vollkommenes Recht auf eine erlaubte Art verfolgen und geltend machen kann, ſind entweder auſſergerichtliche oder gerichtliche. Zu denen Zwangsmitteln der erſtern Art gehört vorzüglich die privat Gewalt, welche in denen Fällen, in welchen die Geſetze ſolche zulaſſen, in ſofern ſie innerhalb der geſetzlich vorgeſchriebenen Grenzen ausgeübt wird, als ein erlaubtes Zwangsmittel auch ſelbſt im Staat gebraucht werden kann[56]); denn wenn gleich in der Regel die Selbſthülfe in einer ordentlich eingerichteten bürgerlichen Geſellſchaft unerlaubt iſt, weil ſie den erſten Endzweck derſelben, nehmlich der innern Sicherheit und Ordnung zuwider läuft, ſo erlauben dennoch die bürgerlichen Geſetze ſelbſt in gewiſſen ausgenommenen Fällen die eigenthätige Gewalt, und berechtigen mich ſogar meinen Gegner, der mich unvermuthet auf eine unrechtmäßige und gefahrvolle Art anfällt, mir mein Leben, oder Geſundheit, oder Ehre, oder meine Güter zu rauben, wenn ich die gedrohete Gefahr anders nicht als mit der Tödtung des Anfallenden von mir abzuwenden im Stande bin, zu entleiben, welches man die Nothwehr, (defenſio neceſ-

56) Siehe beſonders Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Theil 1. Hauptſt. §. 2. u. ff. auch Sammlung einiger neuer vorhin gedruckter und bisher ungedruckter Schriften von der im Weſtphäliſchen Friedensſchluß erlaubten Selbſthülfe. Leipzig 1756. 4.

neceſſaria, moderamen inculpatae tutelae) nennt [57]. Gleichwie jedoch der eignen Gewalt auch ſelbſt in denen zugelaſſenen Fällen der Weg der gerichtlichen Hülfe immer vorzuziehen [58]) iſt, indem auch ſelbſt die Geſetze jene nur in der Rückſicht zulaſſen, weil der Richter nicht immer ſogleich bey der Hand iſt, und ohne Selbſthülfe ein unwiederbringlicher Schade geſchehen würde, ſo ſind nun die gerichtlichen Zwangsmittel ſein Recht geltend zu machen, Klage und Einrede. Denn nicht immer haben die bürgerlichen Geſetze, wenn ſie zum Beyſpiel Pflichten der Menſchenliebe als eigentliche Schuldigkeit vorſchreiben, ſofort klagbare Verbindlichkeiten daraus formirt, ſondern hin und wieder wegen des an ſich unvollkommenen Rechts, nur eine Einrede geſtattet. Wir finden dieſes beym Brautſchatze, welchen eine Perſohn, von ihrer Mutter, oder einem andern nahen Verwandten würklich erhalten hat. Denn ob ſie gleich vorher nicht hätte darauf klagen können, ſo ſoll doch die Liebespflicht an ſich hier die Würkung haben, daß, wenn auch das Heyrathsguth nicht in der Abſicht, um eine unerzwingliche Tugend auszuüben, ſondern aus irriger Meinung, daß man perfecte dazu verbunden geweſen, entrichtet worden, dennoch das Gegebene als Nichtſchuld keineswegs zurückgefordert werden dürfe [59]). Hier liegt es in der Natur der Sache, daß

57) L. 3. D. de Iuſt. et iur. L. 45. §. 4. D. ad L. Aquil. L. 1. §. 27. D. de vi. L. 1. C. unde vi. Art. 140. u. f. C. C. C. Vid. *Ioſ. Lud. Ern.* PÜTTMANNI Diſſ. *de moderatione inculpatae tutelae.* Lipſiae 1783.

58) Schon Cicero ſagt daher *de Offic.* I. c. 11. Nam cum ſint duo genera decertandi; unum per diſceptationem, alterum per vim; cumque illud ſit proprium hominis, hoc belluarum: confugiendum eſt ad poſterius, ſi uti non licet ſuperiore.

59) L. 52. §. 1. D. de condict. indeb. COCCEII *Iur. Controv.* Lib. XII. Tit. VI. Qu. 5.

daß dadurch nur eine Einrede gegen den Kläger bewirkt werde [60]). Wer wird es aber läugnen, daß dieſe Einrede das gerichtliche Zwangsmittel ſey, den Kläger von der Klage abzuhalten?

§. 4.

Verſchiedene Bedeutung des Worts Lex. Begrif vom Geſetz; nöthige Unterſcheidung des Diſpoſitiven von dem Enunciativen in den Worten unſerer Geſetze. Vollkommenes und unvollkommenes Geſetz.

Wir irren nicht, wenn wir den Grund aller Verbindlichkeit auf Geſetze zurückführen, und ſelbſt diejenigen, welche dieſe Behauptung unrichtig finden wollen [61]), werden uns recht geben, wenn wir uns über den Begrif, den wir mit einem Geſetze verbinden, mit einander gehörig verſtändiget haben.

Das Wort Geſetz hat freylich mehrere Bedeutungen. Hier nehmen wir es in der allgemeinen Bedeutung, wenn wir das Geſetz als die Quelle aller Obligation anſehen, und gedenken uns darunter überhaupt eine Vorſchrift, welche unſern moraliſchen Handlungen, das heißt ſolchen, die ſich auf Freyheit gründen, zur Norm dient [62]); in welcher Bedeutung es ſowohl natürliches als poſitives Recht in ſich ſchließt. Wir dürfen jedoch bey der angegebe-

[60]) S. Weber a. a. O. §. 99.

[61]) von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrheit S. 17. Allein man vergleiche Weber von der natürlichen Verbindlichkeit 1. Abth. §. 2. S. 6.

[62]) SENECA de benef. Lib. IV. c. 12. Legem *dicimus iuſti iniuſtique regulam eſſe:* und CICERO *de Nat. Deor.* Lib. II. ſagt: Lex *eſt recti praeceptio pravique depulſio.*

gegebenen Bedeutung des Worts Geſetz in unſerer Rechtswiſſenſchaft allein nicht ſtehen bleiben, es wird daher nöthig ſeyn, auch von den übrigen Bedeutungen dieſes Worts das nöthige annoch anzuführen. Wir müſſen aber zuförderſt bemerken, daß das lateiniſche Wort *Lex* nicht immer durch Geſetz überſetzet werden kann. Alſo I. was heißt *Lex* in unſern Geſetzen, wenn es durch Geſetz nicht überſetzet werden darf? Die Bedeutung iſt verſchieden; denn 1) wird es für einen Vertrag oder Contract genommen; z. B. comprehenſum lege venditionis *L. 60. D. de contr. emt. vend.* ferner lege locationis comprehenſum eſt L. 77. D. pro ſocio. So wird ferner derjenige Vertrag, wodurch jemand auf den Fall, wenn er ſeine Schuldigkeit auf die gehörige Art nicht erfüllen würde, ſich verwillkühret, daß er ſodann gewiſſer Anſprüche oder Befugniſſe verluſtig ſeyn, und einem andern eine gewiſſe Verbindlichkeit, die ihm ſonſt obgelegen haben würde, erlaſſen haben wolle, *lex commiſſoria*, der commiſſoriſche Vertrag, genennt. Man ſetze, daß ein Kauf ſub lege commiſſoria ſey geſchloſſen worden; hält nun der Käufer nicht mit der Bezahlung inne, ſo verliehrt er ſein Recht aus dem Kaufcontract, und der Verkäufer iſt an den Handel nicht mehr gebunden: doch davon unten in Tit. ff. *de lege commiſſoria* (Lib. XVIII. Tit. 3) ein mehreres. 2) Bedeutet *Lex* auch ſoviel als eine Bedingung, unter welcher etwas geſchiehet, oder geſchehen iſt; z. B. *Qui fundum* ea lege *emerat, ut ſoluta pecunia traderetur ei poſſeſſio* etc., L. 78. §. 2. D. de contr. emt. vend. Ferner Ea lege *fundum locavi*, ut etc. ſagt *L. 51. D. locati.* Es kann auch ſoviel als Beſtimmung oder Modification eines Handels heiſſen. Bekannt iſt der juriſtiſche Satz, *pacta dant legem contractui*, L. 7. §. 5. D. de pactis, d. i.

die

die Verträge, welche ſogleich bey Schlieſſung eines Contracts gemacht werden, geben dem Contracte eine gewiſſe Beſtimmung, oder Modification. 3) Wird in unſern Geſetzen unter *Lex* auch oft ein Teſtament verſtanden; wir wollen zum Beweiß nur *L. ult D de ſuis et legitimis* anführen, wo PAPINIANVS mit den Worten ſchließt: *privatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri*; das heißt, wie es Galvanus [63]) richtig erklärt hat, privat Verträge haben nicht die Kraft der Teſtamente, daß durch ſelbige jemanden eine Erbſchaft entweder hinterlaſſen, oder entzogen werden könne. Eben hieraus erklärt ſich auch der Ausdruck *legare*, wenn er von letztern Willensverordnungen genommen wird. Z. B. *Paterfamilias uti legaſſit ſuae rei, ita ius eſto. L. 120. D. de Verb. ſignific.* wo legare ſuae rei ſoviel heißt als *legem dicere rebus ſuis* oder über ſein Vermögen teſtiren; denn es muſte ehemals das Teſtament per verba imperativa, befehlsweiſe, wie ein Geſetz, abgefaßt werden [64]). 4) Hieß *Lex* bey denen Römern zur Zeit des Freyſtaats der Vorſchlag zu einem Geſetze. Zu den Zeiten der Könige und der freyen Republik wurden nehmlich die Geſetze mit Beyſtimmung der Nation auf den Comitien gemacht, und der König, oder eine Römiſche Magiſtratsperſohn, die hierzu authoriſirt war, that den Vorſchlag dazu, dieſes nennte man *legem ferre ad populum* einen Vorſchlag zu einem Geſetz thun, *L. 2. §. 2. D. de Or. Iur.* genehmigte das Volk den Vorſchlag durch ſeine Stimmen, ſo hieß das *lex iubetur*, verwarf es hingegen denſelben, ſo ſagte man *lex antiquatur*, das Volk will es bey dem Alten laſſen.

63) de Uſufructu Cap. 20. pag. 219. nach der neueſten Tübinger Ausgabe von 1788.

64) S. meine Opuſcula Faſc. I. pag. 168. ſq. not. 27. et 28.

ſen [65]). Endlich 5) iſt Lex ſoviel als Geſetz, und nun frägt ſich's II. was man eigentlich unter einem Geſetz verſtehe? Da die allgemeine Bedeutung dieſes Worts ſchon oben da geweſen iſt, ſo wollen wir jetzo nur noch die übrigen hinzufügen.

I) Geſez im eigentlichen Verſtande iſt die nach dem Willen des Oberherrn vorgeſchriebene Norm, nach welcher ſeine Unterthanen ihre Handlungen einzurichten vollkommen verbunden ſind. In dieſem Verſtande nimmt es Hellfeld hier, nun lieſſe ſich zwar dagegen einwenden, daß es auch Permiſſivgeſetze gebe, denn nach dem Ausſpruch des Modeſtins L. 7. D. *de legibus*, befehlen und verbiethen die Geſetze nicht immer, ſondern ſie erlauben auch; z. B. die Geſetze erlauben dem Vater, ſeinen unmündigen Kindern kraft ſeiner väterlichen Gewalt in ſeinem Teſtament einen Vormund zu ernennen, desgleichen ihnen pupillariter zu ſubſtituiren Allein der Autor wird in der Folge §. 14. dieſem Zweifel ſelbſt begegnen. Ein Geſetz in der angegebenen Bedeutung giebt alſo 1) ein Oberherr; nun giebt es Oberherrn in jeder ungleichen Geſellſchaft, dahero die Geſetze in dieſer Hinſicht ſehr verſchieden ſeyn können. Wir haben Geſetze, welche von dem Regenten der Kirche, wir haben aber auch Geſetze, welche von dem Regenten des Staats ſind vorgeſchrieben worden; erſtere werden bürgerliche Geſetze (leges civiles) leztere Kirchengeſetze (leges eccleſiaſticae) genannt. Es iſt auch nicht ungewöhnlich, die Civilgeſetze *leges* ſchlechtweg zu nennen, und dieſes würde alſo eine eigene Bedeutung dieſes Worts ausmachen. 2) Der Oberherr giebt das Geſetz

[65]) ERNESTI *in Clavi Ciceron.* ſowohl zu Anfang des *Indicis Legum* als ſub. voc. *Lex.*

Geſez ſeinen Unterthanen; wenn alſo ein paar Privatperſonen miteinander paciſciren, ſo iſt dieſer Vertrag kein Geſez im eigentlichen Verſtande, wenn auch gleich eine vollkommene Verbindlichkeit, den Vertrag zu halten, daraus entſtehen kann. 3) Ein Geſez enthält eine Vorſchrift des Oberherrn, wornach deſſelben Unterthanen ihre Handlungen einzurichten perfecte verbunden ſind. Man muß daher die Worte des Geſetzes, die die Vorſchrift des Geſezgebers enthalten (verba legis diſpoſitiva) von denen in den Geſetzen häufig vorkommenden verbis enunciativis et relativis wohl unterſcheiden; eine Bemerkung, die bey Anwendung der in Teutſchland aufgenommenen fremden, beſonders der Römiſchen Geſetze, von größter Wichtigkeit iſt. Man pflegt zwar abuſive alle einzelne Stellen in unſerm Römiſchen Rechtskörper leges zu nennen, allein, daß unſer Corpus iuris nicht wenig in ſich faſſe, ſo den Nahmen eines eigentlichen Geſetzes gar nicht verdienet, iſt eine bekannte Wahrheit [65]. So finden wir 1) in demſelben eine nicht geringe Anzahl ſolcher Stellen, oder daß ich den einmahl üblichen Ausdruk beybehalte, ſolcher Legum, in welchen nur blos angerathen wird, etwas zu thun, oder zu unterlaſſen, ohne jedoch eine vollkommene Verbindlichkeit aufzuerlegen, dieſes in Ausübung zu bringen, (Suaſiones legis) [66]. Es rathet z. B. die angeführte *L.* 1. §. 3. *D. de peric. et commodo*

[65]) Man vergleiche hier beſonders des gelehrten Herrn Prof. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Röm. Rechts. (Schwerin, Wismar und Büzow. 1782. 8.) S. 31. fg.

[66]) Von denen Suaſionibus legum handeln *Ge. Steph.* WIESAND in Opuſculis. (Leipzig, 1782. 8.) p. 13. ſqq. und *Iac.* CUIACIUS ad L. 1. D. de Iuſt. et Iur.

modo rei vend. daß man ſein Recht nicht auf das ſtrengſte verfolgen ſolle, wenn es auf Unbilligkeit hinausliefe; noch treffendere Beyſpiele geben *L.* 34 *D. de Legib.* L. 24. D. *de Rei Vind.* §. 7. *I. de Verb. obligat.* Die erſte Stelle giebt einen Rath, wie man den Beweiß einer ſtreitigen Gewohnheit, worauf man ſich gegründet, am leichteſten führen könne; man ſoll ſich erkundigen, ob etwa ſchon ſonſt nach dieſer Gewohnheit gegentheiligen Widerſpruchs ohngeachtet in den Gerichten geſprochen, und rechtskräftig erkannt worden ſey, *an etiam contradicto aliquando iudicio conſuetudo firmata ſit*[67]). In der andern Stelle wird gerathen, daß man, ehe man ſeine Sache vindicire, verſuchen ſolle, ob man nicht etwa durch ein Interdict zum Beſiz derſelben gelangen könne: quia longe commodius eſt, ipſum poſſidere, et adverſarium ad onera petitoris compellere, quam alio poſſidente petere. Die dritte Stelle endlich enthält eine Cautel für Contrahenten, auf den Contraventionsfall eine Conventionalſtrafe feſtzuſetzen, ne neceſſe ſit actori probare, quid eius interſit. Ich übergehe mehrere dergleichen, in denen Röm. Rechtskörpern vorkommende ſogenannte leges ſuaſorias.. Daß nun dieſe keine eigentliche und verbindende Geſetze ſind, iſt aus den obigen Grundſätzen evident, auch ſchon ſonſt bekannt, quod conſilium non obliget [68]). Wir finden ferner 2) in denen Römiſchen Sanctionen häufige Commendationes legum, beſonders hat es Juſtinian nicht fehlen laſſen, in ſeinen

[67]) Daß dieſe Worte per hypallagen zu erklären, und ſoviel heiſſen ſollen als *an etiam in iudicio aliquando contradicta et firmata ſit conſuetudo*, zeigt der berühmte Herr Prof. Püttmann in ſeinen eleganten Interpretat. et Obſervat. iuris, cap. 19.

[68]) L. 47. D. de R. I.

nen ſehr wortreichen Conſtitutionen Bewegungsgründe zu häufen, wodurch er ſeine Geſetze von Seiten ihres Nutzens und Nothwendigkeit bey ſeinen Unterthanen zu empfehlen geſucht hat. Es kommen nicht weniger 3) in unſerm Korpus Juris auch viele dogmatiſche Sätze vor; beſonders finden ſich dieſe in denen Inſtitutionen und Pandecten des K. Juſtinians ſehr häufig. Man darf ſich hierüber gar nicht wundern, wenn man bedenkt, daß wir unſern Römiſchen Rechtskörper aus einem zwifachen Geſichtspuncte zu betrachten haben. Er iſt einmal ein Geſetzbuch, er enthält aber auch zweitens ein Syſtem der ganzen Jurisprudenz, ſo wie ſie zu den Zeiten des Kaiſer Juſtinians ausgebildet war; beſtehend aus Worterklärungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeinen Grundſätzen, Cautelen u. ſ. w. Kurz ein zum wiſſenſchaftlichen Unterricht nach damahliger Zeit aptirtes Lehrgebäude der Rechtsgelahrtheit. Daß wir nun an die im Römiſchen Rechtscörper ſo häufig vorkommende dogmatiſche Sätze gar nicht gebunden ſind, hat keinen Zweifel, wenn man erwägt, daß der Wille eines Geſetzgebers bloß den äuſſerlichen freyen Handlungen der Menſchen eine Richtſchnur ertheilen könne; unſer Verſtand und Ueberzeugung hingegen ſeiner Diſpoſition nicht unterworfen ſey [69]). Ich will dieſes durch ein merkwürdiges Beyſpiel zu erläutern ſuchen, ſo ich aus der Lehre vom Erwerb des Eigenthums nehme. Inſofern die bürgerlichen Geſetze hier befehlsweiſe feſtſetzen, daß durch einen bloſen Vertrag das Eigenthum einer Sache nicht übertragen werde, ſondern die Tradition hierzu erforderlich ſey, in ſofern verbinden ſie uns, als einmal recipirte Geſetze unſtreitig. Wenn uns aber die Römiſche Geſezgeber lehren wollen, daß die Traditio ein eigentlicher modus acquirendi naturalis ſey, ſo können ſie

69) S. Webers Reflexionen a. a. O. S. 35. f.

ſie uns hierinn nicht nöthigen, unſere Vernunft unter den Gehorſam des Röm. Rechtsſyſtems gefangen zu geben; denn nach der geſunden Vernunft iſt kein Grund abzuſehen, warum nicht die Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers zur Uebertragung des Eigenthums an einen andern ſchon genügen ſollte; daß hierzu noch beſonders die Uebergabe nöthig ſey, iſt eine bloſe Satzung der Civilgeſetze, alſo ohne Zweifel, daß die Traditio an ſich betrachtet, ein wahrer modus acquirendi civilis ſey. Hiermit erklärt ſich nun der Satz des Auctors, not. e. *lex differt a dogmate.* Wir müſſen ferner 4) von der geſetzlichen Diſpoſition die in einem Geſez oft vorkommende hiſtoriſche Umſtände von der Veranlaſſung deſſelben, ferner die darinn unterweilen angeführte rationem legis, nicht weniger die in demſelben hin und wieder vorgetragene Meinungen der Rechtsgelehrten, die durchs Geſetz entſchieden worden ſind, und andere dergleichen propoſitiones aſſertivas, wodurch blos angezeiget wird, daß dieſes oder jenes ſey, welche aber keine geſetzliche Vorſchrift enthalten, wohl unterſcheiden. Der Römiſch Juſtinianiſche Rechtskörper liefert uns unzählige Beiſpiele davon. Es war beſonders denen Röm. Geſetzgebern eigen, die Hiſtorie der Legislation mit der Sanction des Geſetzes zu verbinden; Beiſpiele davon geben das *Senatusconſultum Iuventianum* in L. 20. §. 6. D. de heredit. petit. *Sctum Macedonianum* L. 1. pr. D. de Scto Maced. das *Sctum Vellejanum* in L. 2. §. 1. D. ad Sctum Velleianum; ferner *Lex Anaſtaſiana* in L. 20. C. mandati. u. a. m. Daß dieſe hiſtoriſche Umſtände zur Erklärung der im Geſetz enthaltenen Sanction dienen können, iſt gewiß, doch iſt hierinn Behutſamkeit nöthig, damit wir nicht wider die Abſicht des Geſezgebers das Geſetz enger einſchränken, als die Worte deſſelben bezeichnen. Denn es iſt im Römiſchen Recht nichts ungewöhn-

gewöhnliches, daß allgemeine Verordnungen durch einzelne beſondere Vorfälle ſind veranlaſſet worden. So iſt es z. B. ein offenbahrer Irrthum, wenn man die Anordnung des Anaſtaſianiſchen Geſetzes nur auf die Abtretung ungewiſſer Schuldforderungen aus dem Grunde einſchränken will, weil der Imperator im Eingang des Geſetzes gleichſam hiſtoriſch anführt, daß ungezweifelte Forderungen ſelten auf dieſe Art verkauft, ſondern diejenigen, denen ſie zuſtünden, ihr Recht lieber ſelbſt verfolgen würden. Denn die Sanction ſelbſt, die deutlich und kategoriſch abgefaßt iſt, macht zwiſchen gewiſſen und ungewiſſen Forderungen keinen Unterſchied [70]). Eben dieſe Behutſamkeit iſt nöthig, wenn wir ein Geſetz aus der unterweilen darinn von Geſetzgeber ſelbſt angeführten ratione legis interpretiren wollen. Denn die Geſetzgeber haben uns nicht immer die wahren Urſachen ihrer Legislation angegeben. Ich werde in der Folge bey der Lehre von der Logiſchen Interpretation über dieſen wichtigen Gegenſtand mich umſtändlicher erklären. Hier muß ich aber noch gedenken, daß wir dieſelbige Behutſamkeit auch nöthig haben, wenn in einem Geſetz die Meinungen mehrerer Rechtsgelehrten angeführet werden, um nicht die legale Meinung mit der doctrinellen zu verwechſeln. Es wird dieſe Bemerkung beſonders bey den legibus Pandectarum ihre Anwendung finden. Die Röm. Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Pandecten zuſammengetragen worden ſind, pflegten neben ihrer eigenen Meinung über dieſe oder jene Rechtsfrage nicht ſelten das Gutachten anderer Juriſten, welche etwa das Gegentheil behaupteten, anzuführen. Daß nun in ſolcher Verſchiedenheit der Ausſpruch desjenigen Rechtsgelehrten den Vorzug

70) S. die gemeinnützigen juriſtiſchen Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elſaßer. IV. Band. N. XII. §. 139.

Vorzug verdiene, deſſen Namen die Ueberſchrift des Geſetzes bezeichnet, leidet gar keinen Zweifel; denn ſeine Meinung iſt es, welche durch die Aufnahme in das Korpus der Pandecten legale Auctorität erlangt hat; wogegen die Meinung des andern Juriſten, als eine bloſe Lehrmeinung, ſich nicht behaupten kann. Bisweilen iſt es freylich ſchwer, beide Meinungen gehörig von einander zu unterſcheiden; daher man ſich nicht wundern darf, wenn hin und wieder hieraus erhebliche Irrthümer entſtanden ſind. Beyſpiele davon geben *L.* 7. §. 10. *D. de minorib.* und *L.* 11. §. 18. *D. de Act. emti vend.* deren Inhalt ich zu ſeiner Zeit näher entwickeln werde [71].

II. Bedeuten *Leges* im Röm. Recht auch oft geſchriebene d. i. ausdrücklich bekanntgemachte Geſetze, ſo wie im Gegentheil nicht geſchriebene Geſetze, oder Gewohnheitsrechte *mores* genennet werden [72].

III. Eine der vorzüglichſten Bedeutungen, in welcher das Wort Lex zu den Zeiten des Röm. Freiſtaats genommen wurde, war die, daß man darunter ein mit Beyſtimmung der Nation auf den Comitien gegebenes Geſetz verſtand, beſonders wenn eine dazu berechtigte höhere Magiſtratsperſon, welche aus dem Stand der Patrizier war, z. B. ein Dictator, Conſul oder Prätor, den Vorſchlag dazu gethan hatte [73]. Endlich bemerken wir noch

[71]) S. des Herrn Prof. Webers oben angeführte Reflexionen §. 8.

[72]) *L. 32. D. de Legib.* Vid. *B.* BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. LEX.

[73]) §. 4. I. de I. N. G. et C. LEX *eſt, quod populus Romanus, Senatorio magiſtratu interrogante (veluti Conſule) conſtituebat.*

IV. Eine Bedeutung, in welcher das Wort *Lex* bey den alten Teutſchen denen Capitularien entgegen geſezt wurde. *Lex* hieß nehmlich bey den alten Teutſchen ein von der Nation ſelbſt abgefaßtes, und von dem Regenten nur allein beſtättigtes Geſetz, deſſen Rechtskraft beſtändig war. Z. B. Lex Salica, Lex Alemannica. Hingegen nannte man die von dem König mit Zuziehung der Stände auf dem Reichsconvent gemachte Verordnungen Capitularien, und dieſe galten meiſt nur auf ein Jahr, wenn ſie nicht entweder von einem Teutſchen Volk als ein Theil ihrer Geſezſammlung aufgenommen, oder nach dem Ablaufe des Jahrs waren wiederhohlet worden [74]).

Ein Geſez in der oben angeführten allgemeinen Bedeutung kann entweder *lex perfecta* oder *imperfecta* ſeyn, je nachdem es entweder eine vollkommene oder unvollkommene Verbindlichkeit ausdrukt. In einer andern Bedeutung unterſcheiden die Fragmenta iuris Antejuſtinianei [75]) *legem perfectam*, *imperfectam* und *minus quam perfectam* von einander. Ein Geſez der erſtern Art war ein ſolches, welches etwas verboth, ſo daß die gegen das Verboth unternommene Handlung für

[74]) S. *Henr. Chr.* L. B. *de* SENKENBERG in Viſionibus div. de collect. Legum Germanicar. Cap II. §. 1. Prof. Fiſchers Entwurf einer Geſchichte des teutſchen Rechts, (Leipzig 1781. 8.) §. 5. Von Selchow Rechtsgeſchichte §. 268. und D. *Chriſt. Gottl.* BIENER in Commentariis de origine et progreſſu Legum Iuriumque German. P. I. Lib. II. Cap. I. §. 51.

[75]) ULPIANUS in Fragm. Tit. I. §. 1. et 2. *Ant.* SCHULTING *ad Eundem* in not. 3. et ſqq. Iurispr. vet. Antejuſt. pag. 561. ſqq. et VOET *ad. Pand.* Tit. de L. L. §. 16.

für nichtig gehalten werden ſollte. Ein Geſez der andern Art wurde dasjenige genennt, welches etwas zwar verboth, aber, wenn es einmahl geſchehen, ſolches nicht für null erklärte, auch keine Strafe darauf ſezte. Ein ſolches Geſez war Lex Cincia, in welcher unter andern verbothen war, über eine gewiſſe Summe zu ſchenken. Dem Donator ſtand in ſolchem Fall nur actio reſciſſoria zu, wodurch er dasjenige wieder bekommen konnte, was er über die geſezliche Maſe dem andern geſchenkt hatte [76]). Hatte er die Schenkung noch nicht vollzogen, ſo konnte er ſich in Anſehung deſſen, was die geſezlich beſtimmte Summe überſtieg, mit einer Exception ſchüzen [77]). Ein Geſez endlich von der dritten Art hieß dasjenige, welches eine Handlung zwar verboth, ſolche aber, wenn ſie einmahl unternommen worden, nicht vernichtete, ſondern nur eine Strafe darauf ſezte. Hierher gehörte Lex Furia teſtamentaria, welche verboth, niemanden mehr als 1000. Aſſes zu vermachen, und dem Legatar, welcher mehr nahm, mit der poena quadrupli beſtrafte.

§. 5.

Mittel, die Unterthanen zur Befolgung der Geſetze anzutreiben.

Es iſt wohl nicht nöthig, noch erſt zu erinnern, daß man nicht Geſetze giebt, um Geſetze zu geben, ſondern um das Beſte des Staats entweder durch Erlangung

76) *L. 21. §. 1. D. de donat.*

77) *L. 24. D. de donat. L. 5. §. 2. et 5. D. de doli mali et met. except.* S. BRUMMER *ad L. Cinciam* C. III. Mehrere Beyſpiele ſolcher Legum imperfectarum findet man beym NOODT in Commentar. ad Digeſta. *Tit. de religioſis.* Tom. II. Oper. p. 268. (edit. Belgicae 1735. fol.)

langung eines gewiſſen Gutes oder durch Abwendung eines gewiſſen Uebels zu bewirken. Wenigſtens haben alle Geſetze dieſe Vermuthung für ſich, daß ſie in keiner andern Abſicht ſind gegeben worden [78]). Das höchſte Wohl des Staats beſtehet alſo in der genaueſten Beobachtung der Geſetze. Sind nun gleich Unterthanen in dieſer Rückſicht ſchon an ſich verpflichtet, denen Geſetzen ihres Oberherrn Folge zu leiſten, und ihre Handlungen denenſelben gemäß einzurichten, ſo ſtehet es doch dem Geſezgeber zu, zweckmäſige Mittel zu gebrauchen, und dadurch die Beobachtung ſeiner Geſetze deſto gewiſſer und unausbleiblicher zu machen [79]). Dieſe Mittel werden deſto wirkſamer ſeyn, je mehr ſie der Verſuchung, die Geſeze zu übertreten, in den Gemüthern der Unterthanen ein Gegengewicht zu geben vermögend ſind. Gleichwie nun die Vorſtellung des Guten und Böſen, welches eine Handlung zur Folge haben kann, allerdings ein ſtarkes Motiv giebt, wodurch wir zur Begehung oder Unterlaſſung einer ſolchen Handlung beſtimmet werden, ſo pflegen nun entweder Verheiſſung gewiſſer Belohnungen oder Androhung und Zufügung gewiſſer Uebel die beyden Mittel zu ſeyn, wodurch Geſezgeber ihren Anordnungen Anſehen und

78) Vortreflich ſagt daher CICERO in Orat. *pro A. Cluentio* cap. 53. Mens, et animus, et conſilium, et ſententia civitatis, poſita eſt in legibus. Ut corpora noſtra ſine mente: ſic civitas ſine lege, ſuis partibus ut nervis, ac ſanguine et membris, uti non poteſt.

79) Von den Mitteln, wodurch die Heiligkeit der Geſetze geſichert wird, handelt ſehr ausführlich und mit dem gewöhnlichen Scharfſinn Guſtav Bernh. Beemann in Diſſ. de aequitate privilegii odioſi et poteſtate imperantis circa illud. Goettingae 1750. §. 8. und folg.

und Unverbrüchlichkeit zu geben ſuchen [80]). Daher ſagt **Ulpian** in dieſer Hinſicht richtig, bonos non ſolum metu poenarum, verum etiam praemiorum exhortatione effici [81]). Ob nun gleich die Beyſpiele ſolcher Geſetze nicht unbekannt ſind, in welchen die Geſetzgeber durch verheiſſene Belohnungen ihre Unterthanen zur Befolgung derſelben zu ermuntern geſucht haben, man denke z. B. an die Legem Iuliam et Papiam Poppaeam; ſo iſt doch ſolches eines Theils nur alsdann geſchehen, wenn denen Geſetzgebern daran gelegen war, eine an ſich unvollkommene Pflicht aus gewiſſen Staatsabſichten bey ihren Unterthanen mehr in Ausübung zu bringen, und es ihnen nicht wohl ſchicklich zu ſeyn ſchiene, die Erfüllung derſelben ſchlechterdings aufzuerlegen; andern Theils aber iſt auch jenes Mittel, welches **Ulpian** in exhortatione praemiorun ſezet, darum nicht zweckmäſig genug, weil es dem Staat zu koſtbar fällt, und über dies nach der verſchiedenen Denkungsart der Menſchen auch nicht immer wirkſam iſt. Es bleibt daher die Furcht für üble Folgen wohl das ſicherſte Mittel, Unterthanen, welche ſonſt vielleicht geneigt ſeyn dürften, der Stimme der Geſetze kein Gehör zu geben, auf dieſelbe aufmerkſam zu machen.

Die Uebel, welche der Geſezgeber mit der Nichtbeobachtung ſeiner Geſetze verbinden kann, können nun mancher-

80) Die alten griechiſchen und römiſchen Geſezgeber ſuchten ihren Geſetzen auch dadurch eine gröſere Heiligkeit zu geben, daß ſie ſolche der Eingebung einer gewiſſen Gottheit zuſchrieben. Bekannt ſind die Täuſchungen eines Solons, Zaleucus, Numa Pompilius und anderer mehr. Siehe *Io. Sal.* BRUNQUELLI Proluſ. Acad. de variis veterum legibus ſuis ſanctitatem auctoritatemque conciliandi modis. Ienae 1729.

81) *L. 1. §. 1. D. de Iuſtit. et Iure.*

mancherley ſeyn. Wir wollen nach Anleitung des Hellfeld nur die gewöhnlichſten anmerken. Dahin gehört

1) Nichtigkeit der Handlung, die dem Geſez zuwider unternommen worden iſt. Zwar ſoll nach der L. 5. Cod. de Legibus jedes verbietende Geſez ſchon an ſich die Nichtigkeit ſolcher Handlungen, welche dagegen unternommen werden, nach ſich ziehen, *licet legislator prohibuerit tantum, nec ſpecialiter dixerit, inutile eſſe debere, quod factum eſt;* allein oft findet man doch auch die Clauſul der Nullität dem Geſez ausdrücklich beygefüget. Ein Beyſpiel davon giebt das durch einen Senatsſchluß bekräftigte Verboth des Div. Marcus; ſich über künftige Alimente ohne obrigkeitliche Einwilligung zu vergleichen; in dieſem heiſſet es: *ne aliter alimentorum transactio rata eſſet, quam ſi auctore Praetore facta* [82]). So erfordern ferner die poſitiven Geſetze die Einwilligung der Eltern bey der Verheirathung der Kinder, welche noch nicht ſui iuris ſind, und erklären die ohne ſolchen Conſens geſchloſſene Ehe ſchlechterdings für nichtig [83]).

2) Ein anderes Uebel, ſo die Nichtbeobachtung eines Geſetzes zur Folge haben kann, beſtehet in dem Verluſt ſeines habenden Rechts oder eines andern

[82]) *L. 8. pr. D. de Transact.*

[83]) *Princ. Inſt. de nupt.* verglichen mit *§. 12. I. eod. L. 2. D. de rit. nupt. c. 1. 3. 4. Cauſ. XXX. Qu. 5. cap. 3. X. Qui matrim. accuſ. poſſ.* Zwar haben die heiligen Väter auf der Kirchenverſammlung zu Trident das Anathema wider diejenigen ausgeſprochen, welche ſich etwa unterfangen ſollten zu behaupten, daß die Ehe wegen fehlender Einwilligung der Eltern zu annulliren ſey, *Seſſ. 24. de Reformat. matrimon.* cap. I. Allein es kann ſich jenes Anathema der heiligen Synode wenigſtens auf proteſtantiſche Lande nicht erſtrecken.

andern Vortheils, welchen man ſonſt nach den Geſetzen zu erwarten gehabt hätte. So erklärt z. B. Kaiſer D. Marcus [84]) denjenigen ſeines Rechts verluſtig, der, ohne den Richter anzutreten, ſolches mit eigener Gewalt durchzuſetzen, ſich unternehmen würde; und die Geſetze machen es jeder Mutter zur Pflicht, nach dem Tode ihres Mannes für ihre unmündige Kinder bey der Obrigkeit Vormünder zu bitten, und verknüpfen mit der vorſezlichen Verabſäumung dieſer Pflicht den Verluſt ihres geſezmäſigen Erbrechts auf das Vermögen ihrer Kinder [85]).

3) Kann der Oberherr mit der Uebertretung ſeiner Geſeze auch ſchmerzhafte Folgen verknüpfen, um durch Vorſtellung derſelben dem Reize des Verbrechens entgegen zu arbeiten. Man nennet dieſe Folgen Strafen. Das Wort Strafen iſt zwar, wie bekannt, ſehr vieldeutig, es iſt aber hier der Ort nicht die mannigfaltigen Bedeutungen deſſelben anzugeben, mir iſt es hier genug, zu erinnern, daß **Strafe** im eigentlichen Verſtande ein empfindliches Uebel ſey, welches jemanden wegen eines begangenen Verbrechens vermöge geſetzlicher Diſpoſition zugefüget wird. Ein ſolches Geſetz, welches dem moräliſchen Uebertretter ein Strafübel drohet, wird ein Straf- oder Pönalgeſetz genennet; und die freye Uebertretung eines Strafgeſetzes, wodurch der gemeinen Wohlfarth entgegen gehandelt wird, iſt ein **Verbrechen** [86]). Da meine Abſicht bloß iſt, das Civilrecht

84) *L. 7. C. unde vi. L. 13. D. quod met. cauſ.*

85) *L. 2. §. 1. D. Qui petant tutor. vel curat.*

86) Herr von VALAZÉ über die Strafgeſetze, oder Entwurf zu einem allgemeinen Strafcodex, aus

recht zu erläutern, ſo glaube ich, wird Niemand von mir verlangen, daß ich mich hier in den Dispüt über den eigentlichen Zweck der Strafen einmiſchen ſolle [87]). Nur das einzige kann ich hier nicht unbemerkt laſſen, daß man die Strafen in zwifacher Rückſicht betrachten kann, einmahl, in ſofern ſie angedrohet, ſodann, in ſofern ſie zugefüget werden. Frägt man nun, in welcher Abſicht der gerechte Oberherr die Strafen androhe? ſo kann der Zweck kein anderer ſeyn, als dieſer, daß durch die in den Gemüthern der Unterthanen erzeugte Furcht vor den angedroheten ſchmerzlichen Folgen ſein Geſez beobachtet, und hierdurch das Gute erhalten werde, um deſſentwillen das Geſez gegeben iſt. Frägt man aber, in welcher Abſicht der Oberherr die angedrohete Strafe an dem Uebertreter ſeiner Geſetze vollſtrecken laſſe? ſo iſt der Zweck der Strafen nur ein einziger, nehmlich Sicherheit der Bürger, oder Ruhe des Staats. Und da dieſer Endzweck auf eine doppelte Art erreicht werden kann, einmahl, wenn man die Miſſethäter dahin bringt, daß ſie in Zukunft nicht mehr Verbrechen begehen können oder begehen wollen, ſie mögen nun entweder gebeſſert, oder ihnen das Vermögen, Verbrechen weiter zu begehen, genommen werden; zweitens, wenn andere, durch das Beyſpiel der Züchtigung abgeſchreckt, von

aus dem Franzöſiſchen überſezt von Carl Adolph Cäſar. (Leipzig 1786.) ſagt im I. Buch I. Cap. Seit. 2. Verbrechen nenne ich eine böſe, d. h. den Geſetzen zuwiderlaufende Handlung, deren Wirkung dieſe iſt, daß ſie Unordnung unter den Menſchen anrichtet.

87) Siehe des Herrn Prof. Cäſars Abhandlung von dem Zwecke der Strafen, hinter Valazê. S. 59. und ff. und Herrn Prof. Püttmanns Progr. de poenis exemplaribus. Lipſiae 1787.

von Begehung ähnlicher Verbrechen abgehalten werden; ſo ergiebt ſich hieraus eine doppelte Abſicht, welche der Geſezgeber bey Zufügung der Strafen haben kann: erſtens: um den Staat vor denen zu ſichern, welche ſchon Verbrechen begangen haben, und zweitens auch vor denen, von welchen etwas ähnliches zu befürchten ſtehet. Soviel hier nur im Vorbeygehen von dem Zwecke der Strafen.

Zulezt bemerke ich noch, daß derjenige Theil des Geſetzes, welcher das Uebel feſtſezt, ſo den Uebertreter deſſelben treffen ſoll, eigentlich Sanctio genennet wird [88]), daher Strafgeſetze bey den Alten leges ſanctae [89]), auch ſacratae [90]) hieſſen; es iſt jedoch ſehr gewöhnlich, per ſynecdochen auch die Geſetze ſelbſt Sanctiones zu nennen.

§. 6.

88) *§. 10. I. de rer. diviſ. L. 41. D. de poenis.* CICERO *in Verr. IV, c. 66.* et *pro Balbo c. 14.* ERNESTI in Clavi Ciceron. voc. *Sanctio.*

89) Siehe TURNEBUS Adverſar. Lib. IX. c. 6. HOTOMANNUS in Commentar. de verbis iuris in voc. *Sanctum.* et BRISSONIUS de Verbor. iuris Significat. in voc. *Sancta.*

90) Dieſen Nahmen erhielten in den älteſten Zeiten der Römer inſonderheit diejenigen Strafgeſetze, welche die Clauſul enthielten: *Quei aliter faxit, cum pecunia familiaque ſacer eſto.* Daher ſagt FESTUS de verbor. ſignificat. Lib. XVII. SACRATAE LEGES *ſunt, quibus ſanctum eſt, ut, qui quid adverſus eas fecerit, ſacer alicui deorum ſit cum familia pecuniaque.* Man vergleiche *Frid.* PLATNERI de legibus ſacratis liber ſingularis. Lipſiae 1751. 8.

§. [illegible]6.

Innerliche Handlungen der Menſchen können kein Gegenſtand menſchlicher Geſetze ſeyn. Bemerkung über *L. 18. D. de poenis.*

Da die Geſetze des Oberherrn denen Handlungen ſeiner Unterthanen zur Richtſchnur dienen ſollen, ſo entſtehet die Frage, was für Handlungen der Diſpoſition eines menſchlichen Geſezgebers unterworfen ſind? Die Handlungen der Menſchen ſind nehmlich, wie bekannt, ſehr mancherley; ſie können einmahl bloß innerliche ſeyn, die eine Wirkung unſerer Seele und des Verſtandes ſind, und daher in Gedanken, Begriffen, Vorſtellungen und Ueberzeugung beſtehen. Sie können aber auch zweitens äuſſerliche Handlungen ſeyn, deren Wirkungen ſich auſſer dem Menſchen zeigen. Ein menſchliches Geſez kann nun

1) bloß den äuſſerlichen Handlungen der Menſchen eine Richtſchnur ertheilen; innerliche Handlungen hingegen können der Diſpoſition eines menſchlichen Geſezgebers nicht unterworfen ſeyn. Sie können darum kein Gegenſtand der Geſetze ſeyn, weil ſie eines Theils keinen Zwang zulaſſen, und andern Theils auch keinen Einfluß in die Wohlfarth des Staats haben. So wenig alſo der Regent im Staat durch ſeine geſezgebende Gewalt dem Verſtande und der Ueberzeugung ſeiner Unterthanen eine ſolche Richtung zu geben vermag, daß ſie etwas für wahr halten ſollen, von deſſen Gegentheil ſie nach ihren Begriffen und Vorſtellungen überzeugt ſind, vielmehr alles, was den Verſtand und Ueberzeugung angehet, gänzlich auſſer der Sphäre der geſezgeberiſchen Diſpoſition liegt; ſo wenig kann auch ſchon der bloſe Gedanke, eine ſtrafwürdige Handlung zu begehen, zu deſſen Realiſirung aber durch äuſſere Thä-

tig-

tigkeit noch gar keine Anſtalt getroffen worden iſt, in der bürgerlichen Geſellſchafft als eine ſtraffällige Uebertretung des Geſetzes angeſehen werden [91]); vielmehr wird in ſolchem Fall die bekannte Parömie eintreten: Gedanken ſind zollfrey [92]); oder wie Ulpian in *L.* 18. *D. de poenis* ſich ausdruckt: Cogitationis poenam nemo patitur. Ich muß bey dieſer Stelle mit Cujaz [93]) anmerken, daß Ulpian jene Regel zwar eigentlich nur bey Erklärung des Edicts: quod quisque iuris in alterum ſtatuit, ut ipſe eodem utatur, angebracht hat, wie man aus der Ueberſchrift der L. 18. wahrnimmt, wenn man damit die Inſcription der *L.* 1. u. 3 *D. Quod quisque iuris* vergleichen will; ſie darf aber deswegen doch auf jenes Edict nicht blos allein eingeſchränkt werden, ſondern muß vielmehr jezt auch als allgemeine Regel des Röm. Rechts darum gelten, weil ſie Tribonian unter den allgemeinen Titul *de poenis* gebracht hat. Hieraus ergiebt ſich eine für die Hermenevtic ſehr wichtige Regel, nehmlich dieſe, daß wir bey Erklärung der Fragmente der alten Röm. Juriſten, aus deren Schriften unſere Pandecten compiliret worden ſind, nicht immer auf die Verbindung und den Zuſammenhang ſehen dürfen, in welchen ſie urſprünglich geſtanden haben, ſondern ſolche vielmehr in derjenigen Verbindung erklären müßen, in welcher Tribonian ſelbige denen Pandecten einverleibet hat

91) Daher ſagt ſchon Paulus in *L.* 53. §. 2. *D. de Verb. Signif.* Conſilium ſolum habuiſſe non nocet, niſi et factum ſecutum fuerit.

92) S. Eiſenharts Grundſätze des teutſchen Rechts in Sprüchwörtern. Fünfte Abtheil. S. 397.

93) *Lib. VIII. Obſervat. cap.* 22.

hat [94]). Ich will hiermit keinesweges jene Cujacianiſche Methode, die ſogenannten *Leges Pandectarum* ope Inſcriptionum zu erklären, verwerfen, nein, ich pflege ſie ſelbſt bey jeder Gelegenheit zu empfehlen, ſondern habe nur durch dieſes Beyſpiel beweiſen wollen, daß ſie mit Behutſamkeit zu gebrauchen ſey.

Wenn ich vorher behauptete, daß mich der bloſe Vorſatz, ein Verbrechen zu begehen, in ſofern nehmlich derſelbe noch durch keine äußerliche Handlungen zu erkennen gegeben worden, in foro humano noch nicht ſtraffällig mache, ſo muß ich, um nicht mißverſtanden zu werden, nur noch einen Gedanken hinzufügen. Es iſt eine ganz andere Frage, ob nicht unterweilen die bloſe Abſicht, eine ſtrafwürdige Handlung zu begehen, geſetzt auch, daß man aus Irrthum eine wirklich erlaubte Handlung vorgenommen, geſtrafet werden könne? Man ſtelle ſich den Fall vor, den Johann **Owen** [95]) in folgenden Verſen ſehr naiv erzählt:

Cum propria imprudens coniux uxore coivit,
Quam falſo alterius credidit eſſe viri.

oder man ſetze, es habe ſich einer vorgenommen einen Diebſtahl zu begehen, im Grunde aber eine Sache entwendet, die ihm ſelbſt zugehörte, und auf welcher keinem andern ein Recht zuſtand? Kann wohl erſterer als ein Ehebrecher, und letzterer als ein Dieb geſtrafet werden? Nein, dies iſt ganz ohne Zweifel. Schon **Ariſtoteles** [96]) ſahe dieſes ein, wenn er an den Nicomachus ſchrieb: Μοιχέυει ὐδεὶς τὴν ἑαυτȣ̃, ὐδὲ κλέ-

πτει

[94]) Siehe VOORDA in Electis Cap. XXII. und *I. L. E.* PÜTTMANNI Interpretat. et Obſervat. iuris. cap. XIX. pag. 89.

[95]) *Epigram. I. 80.*

[96]) *Lib. V. ad Nicomachum cap. ult.*

πτει τὰ ἑαυτȣ̃. d. i. Niemand begehet mit ſeiner eigenen Frau einen Ehebruch, es kann auch Niemand ſeine eigene Sache ſtehlen. Und eben ſo wird ein ähnlicher Fall entſchieden, in §. 8. *I. de obligat. quae ex delicto naſcunt.* Sed et ſi credat aliquis invito domino ſe rem commodatam ſibi contrectare, domino autem volente id fiat, (der Eigenthümer hatte z. B ben ſich beſchloſſen, daß er dem Commodatar die ihm geliehene Sache ſchenken wolle) dicitur furtum non fieri. Aber wird gleich die Handlung ſelbſt nicht als dasjenige Verbrechen angeſehen, welches ſich ihr Urheber zu begehen vorgeſetzet hatte, ſo fragt ſich's doch, ob nicht wenigſtens die dabey gehabte böſe Abſicht einige Strafe verdiene? Dieſes iſt allerdings zu behaupten. Zwar können die Worte des bekannten Hadrianiſchen Reſcripts beym Calliſtratus in *L. 14. D. ad Leg. Cornel. de Sicariis:* in maleficiis voluntas ſpectatur, non exitus hier zu keinem Beweiß dienen; denn ſo verſchieden auch dieſe Verordnung von den Auslegern des Röm. Rechts erkläret wird [97]), ſo kann man ihr doch in der That keinen an-

[97]) Cujaz Obſervat. Lib. XV. c. 25. glaubt, daß dieſe Verordnung nur auf Verbrechen höherer Art Beziehung habe. Andere wenden dieſe Vorſchrift auf alle Verbrechen an. Püttmann in Elem. iur. crim §. 58. Quiſtorp in den Grundſätzen des peinl. Rechts. 1. Th. §. 33. not. d. Eine ganz eigene Meinung hegt Corn van Bynkershöck Obſervat. Iur. Rom. Lib. III. c. 10. er hält dafür, daß der Ausdruck *maleficium* — hier keine allgemeine ſondern eine vorzügliche Bedeutung habe, und nur von ſolchen Miſſethaten, deren der Theodoſiſche und Juſtinianiſche Codex unter dem Titul: de maleficis et mathematicis erwähnet, angenommen werden dürfe. Hauptſächlich will er ihn von der Giftmiſcherey und ſolchen Arten des Menſchen-Mords verſtanden wiſſen, wovon Lex Cor-

dern Sinn beylegen, als dieſen, daß der Richter bey unglücklichen Ereigniſſen, ſo das Anſehen eines Verbrechens haben, um zu beurtheilen, ob eine Perſon ſchuldig oder nicht ſey, nicht bey der That allein, und deren Folgen ſtehen bleiben, ſondern beſonders auf die Abſicht deſſen, der ſie veranlaßte, Rückſicht nehmen müſſe, um den ohngefähren nicht imputablen Zufall, desgleichen die bloſe Fahrläſſigkeit, von der Argliſt und Boßheit zu unterſcheiden. Hier ſetzen wir aber einen ſolchen Fall zum Grunde, wo die vorgenommene Handlung an ſich erlaubt und

Cornelia de ſicariis inſonderheit gehandelt habe. Daher laſſe ſich auch begreifen, wie L. 14. unter dem Titul der Pandecten, worin von den gedachten Corneliſchen Geſetz gehandelt wird, habe gebracht werden können. Einige gehen noch weiter, und wollen durch eine Verſetzung der Worte der Sache abhelfen. Sie leſen nehmlich in maleficiis *non* voluntas ſpectatur, ſed exitus. Allein die richtigſte Erklärung iſt, wenn wir unter *maleficium*, jeden unglücklichen Vorfall, der zu einer Kriminal-Unterſuchung Gelegenheit geben kann, oder jedes unerwartete Factum, ſo den Urheber zu irgend einer Verantwortung verpflichten kann, verſtehen, eine Bedeutung, in welcher dieſes Wort ſowohl bey den alten claſſiſchen Scriptoren, LIVIUS *Lib. V. c. 3. VII. 20.* als in den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten vorkommt *L. 1. D. de obligat. et actionib. L. 53. pr. D. de furtis. L. 16. §. 10. D. de poenis.* Es beſtärkt dieſe Erklärung inſonderheit auch das Wort *voluntas*, welches hier ſo viel als Vorſatz oder Abſicht heißt. Die Worte *non exitus* heiſſen ſoviel als non ſolus exitus. d. i. man ſoll nicht auf den Erfolg der That allein, ſondern beſonders auf die Abſicht ihres Urhebers ſehen. Man vergleiche die gelehrte Abhandlung über *L. 14. D. ad L. Corn. de ſicar.* in dem neuen Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte herausgegeben von Günther und Otto, auf das Jahr 1786. 1. Stück. Seite 1 — 17.

und unſchädlich war, allein durch Täuſchung oder Irrthum ihres Urhebers als Verbrechen unternommen wurde. Folglich paßt jene Vorſchrift der L. 14. hier darum nicht, weil ſie von wirklich unglücklichen Vorfällen z. B. begangenen Todſchlägen handelt. Allein dem ſey, wie ihm wolle, ſo hat unſere obige Behauptung doch ihre völlige Richtigkeit, und den Beyfall der berühmteſten Rechtslehrer [98]) für ſich. Der Grund, den Juſtinian [99]) in einem ähnlichen Falle zur Entſcheidung anführt, iſt auch allerdings treffend, damit nicht die gänzliche Unſträflichkeit den Thäter verleiten möge, dasjenige Verbrechen wirklich annoch zu begehen, was er bisher ohne Erfolg der That ſich nur vorgeſetzet hatte.

§. 7 und 8.

Nur den äußerlichen freyen Handlungen der Menſchen können die Geſetze eine Richtſchnur ertheilen.

Alſo nur äuſerliche Handlungen der Menſchen liegen in der Sphäre der Geſezgebung. Allein auch dieſe können wieder ſehr verſchieden ſeyn. Sie ſind entweder freye oder nicht freye Handlungen. Welche Handlungen werden denn aber freye Handlungen genennet? Da eine freye Handlung nicht gedacht werden kann, wo nicht ein Vermögen willkürlich zu handeln da iſt, ſo muß nothwendig erſt erklärt werden, was eine willkührliche Handlung ſey, um ſich einen deutlichen Begriff von einer freyen Handlung machen zu können. Die Entwickelung dieſer Begriffe iſt folgende. Eine Handlung iſt entweder ſo beſchaffen,

 daß

[98]) S. Canzler Koch in Inſtitut. iur. crim. Lib. I. c. 2. §. 16. und Prof. Püttmann in den Adverſar. iuris univerſi cap. 16. §. 9.

[99]) §. 8. I. de Obligat. quae ex delicto.

daß wir uns ſelbſt dazu beſtimmen, oder wir werden dazu durch eine unwiderſtehliche Kraft ohne unſern Willen determinirt. Im erſten Fall ſtehet ſie in unſerer Gewalt; im zweiten aber iſt's eine Handlung, die nicht in unſerer Gewalt ſtehet. Handlungen der letztern Art werden nichtwillkührliche, oder unfreywillige Handlungen genennet, und dieſe können zwiefach ſeyn, entweder ſolche, wozu wir durch eine äuſſerliche unwiderſtehliche Gewalt genöthiget werden, oder ſolche, wozu wir von unſerer Natur durch ein in der Organiſation unſeres Cörpers gegründetes Principium beſtimmt werden, jene werden erzwungene, dieſe aber phyſiſch nothwendige Handlungen genennet. Wenn im Gegentheil eine Handlung in unſerer Gewalt ſtehet, ſo daß wir ſie nach Gefallen thun und auch unterlaſſen können, ſo nennet man ſie eine willkührliche Handlung (actio arbitraria). Wer nun eine ſolche willkührliche Handlung unternimmt, iſt entweder im Stande, ſich die Folgen derſelben vorzuſtellen, und darnach mit Ueberlegung ſeinen Willen zu lenken, oder es iſt dem Handelnden dies nicht möglich. Im erſten Fall heißt die Handlung eine freye, im zweiten eine blos willkührliche nicht freye Handlung. Wer ferner frey handeln d. i. die Folgen einer unternommenen Handlung überlegen konnte, war nun auch entweder wirklich nicht eher zu der Handlung geſchritten, als nach einer vorher angeſtellten reiflichen Ueberlegung, oder er hatte nicht über die Folgen der Handlung gehörig nachgedacht, ſondern die Handlung unüberlegt aus Uebereilung oder in der Hitze der Leidenſchaft begangen. Ob nun gleich die Handlung auch im letzten Fall noch immer freye Handlung bleibt; ſo iſt doch nicht zu läugnen, daß ein Menſch in der Hitze des Affects nicht mit völliger Vernunft handele, und

folg-

folglich in einem ſolchen Falle keine völlige Freyheit da ſey. Denn nur da, wo mit völliger Vernunft und Ueberlegung gehandelt wird, iſt völlige Freyheit vorhanden. Daher heißt nun eine Handlung im ſtrengſten Verſtande frey [100]), welche nach vorhergegangener reiflicher Ueberlegung von jemanden iſt unternommen worden, der das vollkommene Vermögen hatte, nach ſeinem gegenwärtigen Ideenzuſtande, das iſt, nach dem Maaß ſeiner Erkänntniß das beſte zu wählen [1]). Dieſes vorausgeſezt, ſo entſtehet nun die Frage, ob nur freye Handlungen allein, oder ob nicht auch unfreywillige, nicht freye Handlungen, denen Geſetzen des Staats unterworfen ſeyn können? Man möchte letzteres beynahe glauben, wenn man beym Marcian in *L.* 2. *D. de Legib.* ließt, was der Redner Demoſthen vom Geſez ſagt: Lex eſt — coërcitio eorum, quae ſponte, vel *involuntarie* delinquuntur. Was Wunder nun, wenn einige Rechtsgelehrte behauptet haben, daß ein Raſender zwar nicht beſtraft werden könne, aber doch zur Vergütung des Schadens, den er angerichtet, allerdings verbunden ſey [2]), ſie meinen, daß dem Beſchä-

 digten

100) Iſt von Verbrechen die Rede, die mit ſolcher Ueberlegung und völligen Freyheit ſind verübet worden, ſo gebrauchen unſere peinl. Rechte die Ausdrücke: fürſezlich, muthwillig, gefliſſen. S. Peinl. Gerichtsordnung Carls des V. Art. 137. und 159.

1) S. Mart. Ehlers über die Lehre von der menſchlichen Freyheit. (Deſſau.) Höpfners Naturrecht. §. 3. u. 4. und Hofr. Feders Unterſuchungen über den menſchlichen Willen. 2te Auflage.

2) Dies behaupten MENCKE ad Pandect. Lib. XLVII. Tit. 1. §. 14. SCHAUMBURG Compend. Digeſtor. Lib. IX. Tit. 1. §. 3. SCHMIDT Inſtit. iur. civ. §. 423. HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. Obſ. 567. von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrheit. S. 58.

digten deshalb die actio in factum in denen bürgerlichen Geſetzen zugeſtanden werde [3]). Allein, daß dieſe Meinung nicht allein dem Naturrechte, ſondern auch dem wahren Sinn der bürgerlichen Geſetze offenbahr entgegen ſey, haben Andere ſchon mit beſſern Gründen gezeigt [4]). Denn ſchon die Geſetze der Vernunft erfordern zu einer jeden verbindlichen Handlung, daß ſie ihrem Urheber zu imputiren ſey, da dies aber bey denen wegfällt, welchen es an Verſtand und Willen mangelt, um frey handeln zu können, ſo iſt der Schade, den ſolche Perſonen anrichten, offenbahr nur ein damnum caſuale, weshalb derjenige, den es trift, keine Vergütung fordern kann. Und mit dieſen Grundſätzen des Naturrechts, ſtimmen auch die bürgerlichen Geſetze überein, Impune puto admittendum, ſagt daher Pompon [5]), quod per furorem alicuius accidit: quomodo *ſi caſu aliquo, ſine facto perſonae, id accidiſſet:* und ſehr treffend iſt der Entſcheidungsgrund des Pegaſus beym Ulpian [6]): Quae enim in eo culpa eſt, quum ſuae mentis non ſit? Aber ſolten nicht die oben angeführten Geſetze einigen Widerſpruch machen, und die Meinung jener Rechtsgelehrten wenigſtens inſofern rechtfertigen, als nur von einer Schadenserſetzung die Rede iſt? Ich glaube es

[3]) Sie haben dergleichen in *L. 33. D. ad L. Aquil.* gefunden zu haben vermeint, in welchen Paulus ſagt. *In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur,* in factum *datur* actio.

[4]) S. STRYCK in Uſ. Mod. Pand. Lib. IX. Tit. 2. §. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec 532. Med. 2. inſonderheit: Weber in der ſyſtemat. Entwikelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2te Abth. § 71. S. 270.

[5]) *L. ult. in fin. D. de adminiſtr. et peric. tut.*

[6]) *L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil.*

es nicht. Denn wenn **Paulus** da, wo die eigentliche Klage aus dem Aquiliſchen Geſez wegfällt, dem Beſchädigten die Befugnis beilegt, in factum zu klagen: ſo kann unmöglich ſeine Meinung dahin gehen, daß die leztere Klage ohne Unterſchied, ob der Schade vorſetzlich, oder aus Fahrläſſigkeit, oder durch ein Ungefehr angerichtet worden, immer durchgängig ſtatt finde. Es erhellet vielmehr aus andern Geſezſtellen [7]), daß die actio in factum, welche in denen Fällen Statt haben ſoll, wo die Klage aus dem Aquiliſchen Geſez ceſſirt, nur gegen den, *qui obnoxius fuerit*, alſo wer Schuld hat, daß der Schade geſchehen, ſolle angeſtellet werden können. Wie mag man aber dieſes in dem Fall zutreffend glauben, wo alle Imputation gänzlich wegfällt, und nichts als ein damnum caſuale vorhanden iſt, und wo daher ſelbſt nach den Geſetzen der Vernunft, ohne deren Beyſtand die actio in factum gänzlich wegfällt, keine Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens vorhanden iſt [8]). Es kann aber auch eben ſo wenig der von **Marcian** aus dem Demoſthenes entlehnte Begrif des Geſetzes ſo verſtanden werden, als ob unfreye Handlungen nach den Geſetzen beurtheilt, und als Verbrechen beſtraft werden könnten. Denn *involuntarie* delinquere, heißt daſelbſt nicht, ohne Freyheit des Willens handeln, ſondern ohne böſen Vorſatz, bloß aus Unachtſamkeit und Unwiſſenheit ſich vergehen, wie ſchon Gerhard **Noodt** [9]), bemerkt hat. Der Ausdruck *involuntarie* begreift auch die aus Uebereilung und in der Hitze der Leidenſchaft begangene ſtraffällige Handlungen unter ſich. Cadunt enim in ignorantiam atque in imprudentiam per-

[7]) S. §. *ult. I. de L. Aquil.*

[8]) S. Weber am angef. Ort. not 274.

[9]) in Commentar. in Dig. *tit. de Legib.* Tom. II. Oper. pag. 12.

perturbationes animi, ſagt Cicero [10]), quae quamquam ſint voluntariae, (obiurgatione enim et admonitione deiiciuntur) tamen habent tantos motus, ut ea, quae voluntaria ſunt, aut neceſſaria interdum, aut certe ignorata videantur. Es ſcheinet alſo wohl das *involuntarie delinquere* das nehmliche zu ſeyn, was Papinian [11]) nennet delictum, quod *ignorantia* contrahitur: *ignorantia* aber iſt hier ſoviel als culpa [12]). Das Reſultat von allem dieſen iſt nun, daß

2) nur äuſſere willkührliche freye Handlungen der Bürger des Staats der Gegenſtand der Geſetze ſeyn können. Wo alſo das Vermögen frey zu handeln, ganz wegfällt, da kann keine Verbindlichkeit aus den Geſetzen ſtatt finden. Hieraus folget weiter, a) daß durch ein Geſez niemanden etwas auferlegt werden kann, was phyſiſch unmöglich iſt (ad impoſſibilia nulla datur obligatio); denn hier fällt alle Freyheit weg. Eben dieſes gilt b) aus dem nehmlichen Grunde auch von phyſiſch nothwendigen Handlungen. c) die Folgen der aus Zwang und ohne Freyheit begangenen Handlungen, werden in der Regel dem Handelnden nicht zugerechnet. Daß aber auf Seiten desienigen allerdings Zurechnung ſtatt finde, in deſſen fürgeſetzten Willen und Bosheit der Grund ihrer Wirklichkeit angetroffen wird, hat keinen Zweifel. Daher ſagt ſchon Seneca [13]) ganz richtig: *Ad auctores redit ſceleris coacti culpa.* Endlich d) kann ein Geſez auch in Anſehung derer von keiner Wirkung

10) *Topic. c.* 16.

11) *L.* 1. *D. de Legib.*

12) S. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficil. *tit. de LL.* p. 8.

13) *Troad.* v. 870.

Wirkung ſeyn, denen der Gebrauch des Verſtandes, und mithin die Freyheit des Willens abgehet. Es können daher raſende und wahnwitzige Perſonen wegen begangener Verbrechen ſo wenig beſtraft, als eigentlich zur Schadenserſetzung angehalten werde [14]). Obgleich die Vergütung dieſes Schadens actione ex lege Aquilia von denen allerdings gefordert werden kann, denen die Aufſicht über ſolche Perſohnen gegeben war, wenn durch deren Nachläſſigkeit und Verwahrloſung dieſer Schade hauptſächlich angerichtet worden [15]).

§. 9.

Können auch Religionshandlungen ein Gegenſtand der geſetzgebenden Gewalt ſeyn?

Der Satz, der in dieſem §. enthalten iſt, daß nehmlich alle äuſſerliche willkührliche freye Handlungen der Menſchen, ohne Unterſchied, ſie mögen Religionshandlungen oder weltliche Handlungen ſeyn, denen Geſetzen unterworfen ſind, könnte uns reichen Stof zu einer Abhandlung über die Grenzen der geſetzgebenden Gewalt in Anſehung der Religionshandlungen darbiethen, wenn hier der Ort dazu wäre. Ich werde daher hier dieſen Gegenſtand nur in ſoferne berühren, als etwa zur Erläuterung dieſes §. nöthig ſeyn möchte. Es kommt bey der Frage, ob und in wiefern Religionshandlungen ein Gegenſtand der Geſetze ſind? ſowohl auf die Beſchaffenheit dergleichen Handlungen ſelbſt, als auf die Art und Weiſe an, wie die geſezgebende Gewalt in Anſehung ſolcher Handlungen ausgeübt wird. Man nennt bekanntermaſſen Religionshandlungen

14) S. Quiſtorp in den Grundſätzen des peinl. Rechts. Th. I. §. 38.

15) Hellfeld §. 38.

lungen, überhaupt alle Handlungen, welche Religion und Gottesdienſt betreffen, oder, wenn wir nach chriſtlichen Religionsbegriffen davon reden, Handlungen, welche ſich auf die chriſtliche Religion beziehen. Solche Religionshandlungen können nun, wenn wir auf die perſönliche Verhältniſſe der Gottesverehrer ſehen, entweder Handlungen einzelner Menſchen, oder Kirchliche Handlungen ſeyn. Leztere ſind das Reſultat einer eigentlichen Religionsübung, und ſetzen eine Religionsgeſellſchaft, das iſt, Vereinigung mehrerer, zur Gottesverehrung, nach gemeinſchaftlich anerkannten Grundſätzen, unter Dazwiſchenkunft eines geordneten und berufenen Geiſtlichen, voraus. Ohne eine ſolche Dazwiſchenkunft und geſellſchaftliche Vereinigung bleiben Religionshandlungen nur Handlungen einzelner Menſchen. Dieſe können kein Gegenſtand der geſezgebenden Gewalt ſeyn. Denn an ſich iſt Religion Sache eines jeden einzelnen Menſchen. Sie iſt das Reſultat des in dem Verhältniß gegen die Gottheit denkenden und empfindenden Menſchen, des in jedem Menſchen freyen und ſelbſtthätigen individuellen Gewiſſens. In dieſem Verhältniß, in dieſer Sphäre der Religion und des Gewiſſens giebt es kein Recht, keine Gewalt, die ein Menſch über den andern auszuüben hätte [16]). Von eines jeden einzelnen Menſchen Ueberzeugung hängt es daher ab, ob er dieſe oder jene Begriffe von Gott für wahr und richtig halte, und nach ſeiner Ueberzeugung hat er die Befugniß und Pflicht, Gott auf diejenige Art und Weiſe zu verehren, die er nach ſeinen Begriffen von dem Höchſten Weſen, für einzig angemeſſen den Vollkommenheiten deſſelben hält. Deswegen ſtehet er bloß vor ſeinem Gewiſſen und deſſen Richter zur Verantwortung. Niemanden anders

16) S. Maiers teutſches geiſtl. Staatsrecht in der Einleitung §. 2. und 3.

ders braucht er Rechenſchaft davon zu geben [17]). Allein anders verhält es ſich mit denen Kirchenhandlungen. Dieſe ſind von doppelter Art. Einige derſelben haben nur einzig und allein Gottesverehrung zum Zweck, und bringen daher in dem Staate keine rechtliche Würkungen hervor; andere Religionsverrichtungen ſind hingegen von der Art, daß zwar deren Form, Anordnung, und Vornahme Gottesverehrung zum Zweck hat, und alſo inſofern eigentliche Kirchenhandlungen ſind und bleiben, daß ſie aber daneben mit ſolchen Geſchäften in Verbindung ſtehen, die zugleich rechtliche Wirkungen im Staat äuſſern, Vorrechte darin geben oder nehmen, Verbindlichkeiten darinn feſtſetzen oder aufheben, und bey denen übrigens das Kirchliche mehr oder minder weſentlich nach der Symbole der Gottesverehrung dieſer oder jener Religionsgeſellſchaft ſeyn kann. Kirchenhandlungen der erſtern Art können mit den Namen der geiſtlichen, die der letztern aber durch den Nahmen gemiſchter Kirchenhandlungen [18]) nicht unſchicklich bezeichnet werden. Die geiſtlichen Kirchenhandlungen [19]) ſind wieder zwifach. Manche davon haben mit den Lehrſätzen der Religion einen weſentlichen Zuſammenhang, werden durch die Symbolen der Religionsgeſellſchaft beſtimmt, und machen alſo nöthige Beſtandtheile der

17) Vergl. des H. Hofrath Schnauberts vortrefliche Schrift über Kirche und Kirchengewalt in Anſehung des kirchlichen Religionsbegrifs. Jena 1789. S. 23. u. 119.

18) Eben dieſer Benennungen bedient ſich auch der Regierungs-Rath Brauer in ſeinen gelehrten Abhandlungen zu Erläuterung des Weſtphäl. Friedens. 3. Band S. 9. u. folg.

19) Man verwechſele damit nicht die kirchliche und miniſterial Verrichtungen der Geiſtlichen, denn dieſe machen nur einen Theil derſelben aus.

der Gottesverehrung aus; dieſe werden äuſſerliche nothwendige, oder weſentliche Religionshandlungen genennet. Zu ſolchen kirchlichen Religionshandlungen gehöret z. B. der Gebrauch des heiligen Abendmahls oder bey den Katholiken der Meße, lezte Oelung, und dergl. Auf ſolche Handlungen, weil ſie von Religionsüberzeugung abhangen, die ſich nicht nach Willkühr modeln läßt, wo eine obrigkeitliche Vorſchrift, die von der Ueberzeugung und Lehrbegrif der Geſellſchaft abwiche, in Widerſpruch mit dem Gebot käme: Gott mehr zu gehorchen als den Menſchen, und weil ſie keine rechtliche Wirkung im Staat hervorbringen, alſo nicht in den Zweck der Staatsregierung einflieſſen, hat der Staat nur ein negatives Recht, aufzuſehen und zu verhüten, daß nicht die Art ihrer Vornahme und neben einlaufende Umſtände ſie der Ruhe des gemeinen Weſens nachtheilig machen. Es hängt vielmehr die Anordnung und Form ſolcher Handlungen von der Beſtimmung des kirchlichen Religionsbegrifs lediglich ab, welche Vertragsweiſe unter den Mitgliedern der Kirche geſchiehet [20]), iſt alſo nothwendig ein geſellſchaftliches Recht, bey welchem eine geſezgebende Gewalt darum nicht ausgeübt werden kann, weil hier alles auf gemeinſchaftliche Ueberzeugung der vereinigten Glieder ankommt. Andere geiſtliche Kirchenhandlungen ſtehen mit den Glaubenslehren und Religionsbegriffen der Kirche in keiner weſentlichen Verbindung, ſondern werden von denen Gliedern derſelben zwar äuſſerlich aus dem Grunde vorgenommen, weil ſie glauben dadurch den göttlichen Vollkommenheiten am gemäſeſten zu handeln, ſie können aber auch ganz unterbleiben, oder auf eine andere Art beſtimmet werden, ohne daß deßwegen ein Widerſpruch mit denen in ihrem Lehrbegrif als wahr angenomme-

20) S. Schnaubert in der angeführten Schrift. S. 42. u. f.

nommenen Glaubenslehren entſtehet. Dieſe Art kirchlicher Religionshandlungen wird mit dem Nahmen der äuſſerlichen willkührlichen Religionshandlungen bezeichnet. Zu dieſen rechne ich z. B. das Anzünden der Lichter bey der Verwaltung des heiligen Abendmahls, und das Abſingen der Einſetzungsworte vor dem Altar, deßgleichen die Beichte, und andere bekannte geiſtliche Cerimonien mehr, die zwar aus guten Abſichten von der Kirche eingeführt worden ſind, von welchen aber doch die heilige Schrift nichts enthält. Man nennt ſolche willkührliche Religionshandlungen Adiaphora, und dieſe ſind der Diſpoſition der Kirchengewalt allerdings unterworfen. Vermöge derſelben können daher mancherley Verfügungen und Abänderungen getroffen werden, je nachdem es zur Erreichung des Zwecks der Kirche nöthig oder nützlich iſt. Der Regent im Staat hingegen kann als Regent hierinn nichts ändern. Er hat zwar die Aufſicht über alle kirchliche Anſtalten, in ſofern ſie einen Einflus haben in die Wohlfarth des Staats; allein ob die Kirche ihren Endzweck erreicht, oder verfehlt, gehet ihm als Regenten nichts an [21]).

Es giebt nun auch gemiſchte Kirchenhandlungen, die zwar auch Gottesverehrung zum Zweck haben, aber doch auch zugleich rechtliche Wirkungen im Staat äuſſern, Vorrechte darinn geben oder nehmen, und Verbindlichkeiten darinn feſtſetzen oder aufheben. Dahin gehört die Taufe, welche in ihrem Endzweck Gottesverehrung iſt, in ihrer Wirkung auf den Staat aber

[21]) Man vergleiche hierbey des Herrn Prof. D. Carl Wilh. Roberts Abhandl. über das Recht evangeliſcher Landesherrn, die Liturgie abzuändern. In Deſſelben Beyträgen zu der natürl. und poſitiven Rechtsgelahrtheit. Marburg 1789. 8.

aber jedem die groſe bürgerliche Vorrechte der Chriſten giebt, an welchen die Ungläubigen keinen Antheil haben. Zu dieſen gehört ferner die Trauung, welche Aufrufung des göttlichen Segens zu einer angehenden Ehe, und Erklärung, ſie nach den göttlichen Vorſchriften führen zu wollen, alſo Gottesverehrung zur Abſicht hat, welche aber auch zugleich die groſe bürgerliche Wirkung erzeuget, daß ohne ſie jede Verbindung zum Beiſchlaf, wenn ſie auch in der Abſicht, Kinder zu erzeugen, und folglich aus ehelicher Zuneigung geſchähe, für eine unerlaubte Beiwohnung, wenigſtens unter Privatperſohnen in Deutſchland gehalten wird; zugleich aber auch den Perſohnen, die durch die Trauung ſind verbunden worden, die eheliche und elterliche Rechte beygelegt werden. Dahin gehört ferner auch die Beerdigung der Todten. Leichnahme aus dem Creis der Lebenden wegzuſchaffen, iſt zwar nicht Religions- ſondern Staatszweck. Aber Leichname auf die Art, wie es nach chriſtlichen Sitten geſchiehet, durch Einſenkung in die Erde, zur ſinnlichen Erinnerung an das allgemeine Geſetz des Menſchengeſchlechts: du biſt Erde, und ſolſt wieder zur Erde werden, unter Einſegnung, Begleitung, und Ermahnung der Geiſtlichkeit, wegzubringen, iſt Handlung, die Gottesverehrung zum Ziel hat. Zugleich aber iſt ſie öffentliche Erklärung, daß, wer begraben ſey, die Rechte der Lebenden im Staat verlohren habe, und deſſelben Nachlaß denen Erben, oder in deren Ermanglung dem Staat als herrenloſes Guth zugefallen ſey. Ferner daß der auf jene Art beerdigte von der peinlichen Zurechnung begangener Verbrechen entbunden ſey, (den überwieſenen Verbrechern geſtattet man eben deswegen jene feierliche Beerdigung nicht;) deßgleichen daß auch über die Schuld oder Unſchuld anderer Menſchen an ſeinem Tode richterlich erkannt ſey, (denn keinen, deſſen gewalt-

ſamer

ſamer Tod wahrſcheinlich iſt, läſſet man vor Unterſuchung des Körpers zu Grabe bringen). Sie hat alſo ihren mannigfaltig wichtigen Einfluß auf den Staat. Das Kirchliche bey dieſen Handlungen iſt zwar wiederum geſellſchaftliches Recht der Religionsſocietät. Aber das Politiſche davon muß, wie alles, was auf den Staat Einfluß hat, ſeiner Leitung und Anordnung unterworfen ſeyn; es äuſſern ſich dabey demnach nicht blos negative, ſondern auch poſitive Einwirkungsrechte der Staatsgewalt. Sie kann damit die mehrere oder mindere Wirkungen, die im Staat davon abhangen ſollen, die Erforderniſſe, die beobachtet werden müſſen, ehe eine ſolche Handlung, mit Wirkung für den Staat, vorgenommen werden darf, nach Gutbefinden beſtimmen: wenn aber nun das, was den Staat und deſſen Intereſſe dabey betrift, in Richtigkeit gebracht iſt, ſo bleibt die Verrichtung der kirchlichen Handlung und deren innere Form ein durch die Symbole beſtimmtes Recht der Geſellſchaft, bleibt alſo Theil der Religionsübung [22]).

§. 10.

Mancherley Eintheilungen des Rechts. I. Natürliches, und poſitives Recht.

Wenn wir bisher vom Recht und Verbindlichkeit redeten, ſo nahmen wir das Wort ius theils für Geſetz, theils für Befugniß zu handeln. Wenn wir aber jetzt von denen mancherley Eintheilungen des Rechts mit Hellfeld handeln ſollen, ſo müſſen wir dabey diejenige

[22]) Jo. Nicl. Fried. Brauer von dem Reichsgeſetzmäſigen Unterſchied zwiſchen öffentlicher und privat Religionsübung der Unterthanen §. 5. in deſſelben oben angef. Abhandlungen 3. Band S. 10. u. ff.

nige Bedeutung des Worts *ius* zum Grunde legen; da es einen Inbegrif von Geſetzen einerley Art anzeigt. In dieſer Bedeutung wird nun ius

1) nach Verſchiedenheit des Erkenntnißgrundes in ius naturale et poſitivum eingetheilet. Naturrecht nennen wir den Inbegrif aller derienigen Geſetze, welche, wie der Apoſtel ſagt, dem Menſchen gleichſam ins Herz geſchrieben ſind, und daher mittelſt der Vernunft aus der Natur der Dinge und ihren Wirkungen erkannt werden können. Es wird daher auch das Recht der Vernunft genennet. Hommel [23]) nennt es *ius mundi univerſale*, und er hat nicht ganz unrecht, wenn er ſagt: IVS NATVRAE *eſt voluntas Dei, non litteris, ſed ſignis, in univerſum mundum ſcriptis, manifeſtata.* Poſitives Recht wird im Gegentheil der Inbegrif derjenigen Geſetze genennt, welche ſich blos allein auf den erklärten Willen eines Geſezgebers gründen, und alſo aus demſelben lediglich zu erkennen ſind. Z. B. daß ich das Eigenthum einer fremden Sache binnen einer gewiſſen geſezlich beſtimmten Zeit uſucapire, Weibsperſohnen aus übernommenen Bürgſchaften nicht belangt werden können, Eltern und leibliche Geſchwiſter des Verſtorbenen zugleich erben, iſt poſitiven Rechtens; denn Herz und Vernunft lehren mir davon nichts. Allein daß ich mein ernſtlich gethanes Verſprechen halten, daß ich dem Verkäufer den bedungenen Kaufſchilling bezahlen muß, lehrt ſchon das Vernunftrecht. Ganz verſchieden war der Begrif der alten Römiſchen Rechtsgelehrten vom Naturrecht, welches ſie vom Iure gentium und civili unterſchieden, wie der folgende §. lehren wird.

§. 11.

23) S. Carl Ferdinand Hommel Diſſ. Ius mundi univerſale. Lipſiae 1763.

§. 11.

Eintheilung der Römiſchen Juriſten in *ius naturale*, *gentium* et *civile*.

Ulpian ſagt in *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* Naturrecht ſey, was die Natur allen lebendigen Geſchöpfen durch die ihnen eingepflanzte thieriſche Triebe gelehrt hat; und welches alſo Menſchen und unvernünftige Thiere mit einander gemein haben. Dahin rechnet er, daß Menſchen heirathen, Kinder zeugen und Kinder erziehen. Dies ſey im Naturrecht gegründet, weil auch die vernunftloſen Thiere ſich begatten, ihr Geſchlecht fortpflanzen, und ihre Junge erziehen. Videmus etenim ſagt **Ulpian**, caetera quoque animalia, feras etiam, iſtius iuris *peritia* cenſeri. Dieſe letztern Worte haben Einigen corrupt zu ſeyn geſchienen, welche ſtatt *peritia* vielmehr perita leſen wollen; allein die Emendation iſt unnütz, *peritia cenſeri* iſt gerade ſo viel als perita eſſe [24]), alſo iſt der Sinn der Worte dieſer: denn wir ſehen, daß auch die unvernünftige und wilde Thiere daſſelbige Naturgeſez in ſich fühlen So umſchreibt es auch **Theophilus** in ſeiner grigiſchen Paraphraſe der Inſtitutionen [25]). Videmus enim non homines modo, ſed caetera quoque animalia his, qui legem hanc obſervant, adſcribi. Ueber jenen Begrif des **Ulpians** vom Naturrecht iſt nun viel geſtritten und viel geſchrieben worden. Einige haben den Juriſten wegen dieſes Begrifs getadelt; Andere hingegen denſelben zu vertheidigen geſucht. Man vergleiche, was Gregor Lopez **Madera** [26]),

[24]) So heißt's z. B. auch in L. 8. D. de adſign. libertor. *manumiſſoris iure cenſeri*, d. i. manumiſſoris ius habere.

[25]) Tit. de iure natur. gent. et civili.

[26]) Animadverſion. iuris civ. cap. 2.

Ferrand Adduenſis [27]), Wilhelm van der Muelen [28]) Gerhard Noodt [29]), inſonderheit M. Aurel Galvanus [30]), Joſeph Fineſtres [31]), Thomas Papillonius [32]), Ulrich Huber [33]), und Gottlieb Kortte [34]) darüber commentirt haben. Daß Ulpians Begrif vom Naturrecht aus den Lehrſätzen der alten ſtoiſchen Philoſophie zu erklären, wird von denen meiſten Auslegern nicht ohne Grund behauptet, und zwar ſcheint Ulpian die Meinung des Chryſippus angenommen zu haben, welche Diogenes Laertius in Zenone, und Cicero in ſeinen Büchern *de Officiis* mehrmahlen anführt [35]). Chryſipp lehrte, der Menſch habe eine zwifache Natur vom Schöpfer erhalten; einmahl eine thieriſche, welche er mit allen andern, auch unvernünftigen, Thieren gemein habe; ſodann eine ihm eigene, menſchliche Natur. Nach ſeiner thieriſchen Natur wären gewiſſe Triebe und Neigungen in ihm gepflanzt, die

[27]) Explication. Lib. I. cap. 3. Tom. II. *Theſaur. iur. civ. Ev.* OTTONIS pag. 507.

[28]) Exercitat. in Tit. D. de Iuſt. et I. *ad h. L.*

[29]) Commentar. ad Digeſta h. t. pag. 4.

[30]) Diſſert. var. de Uſufructu cap. 5.

[31]) In Hermogeniani ICti iuris Epitomar. Libros VI. Commentar. Tom. I. Lib. I. Exerc. I.

[32]) Comment. ad Tit. D. de Iuſt. et Iure Tom. II. *Theſaur. iur. civ. et canon. Ger.* MEERMANNI pag. 553.

[33]) Digreſſ. Iuſtinian. P. I. Lib. I. cap. XI.

[34]) Vindiciae *L. 1. §. 4 D. de I. et I.* de iure, quod natura omnia animalia docuit. *Lipſiae* 1727.

[35]) *de Offic.* Lib. I. c. 31. *Sic eſt faciendum, ut contra univerſam naturam* (i. e. communem) *nihil contendamus, et ea tamen conſervata propriam* (i. e. humanam) *ſequamur.* Siehe Hofacker in Princip. iur. civilis Rom. germ. T. I. §. 5. N. a.

die er mit allen andern Thieren gemein habe. Die Stoiker nannten dieſe τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν[36]). Allein nach ſeiner eigenen menſchlichen Natur wäre er ein vernünftiges Weſen, welches nicht nur jene natürliche Triebe mit Vernunft zu mäßigen, ſondern auch nach den Kräften ſeines Verſtandes mit moraliſcher Freyheit zu handeln vermöchte. Nach dieſer zwifachen Natur des Menſchen nahm man nun auch ein doppeltes Naturrecht an, das eine war, was man *ius naturale* im eigentlichen Verſtande nennte, und in der gemeinen thieriſchen Natur aller lebendigen Geſchöpfe ſeinen Grund hätte. Dieſes beſtehe in denen von der Natur, worunter die Stoiker Gott verſtanden[37]), allen lebendigen Geſchöpfen eingepflanzten Trieben, welche Menſchen und Thiere mit einander gemein haben. Z. B. ſo fühlt der Menſch einem ihn angebohrnen Trieb in ſich, ſich ſowohl ſelbſt zu erhalten, als auch ſein Geſchlecht fortzupflanzen. Dieſelben Triebe habe aber auch die Natur allen andern Thieren eingepflanzt. Principio generi animantium omni eſt a natura tributum, ſagt daher Cicero[38]), ut ſe, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quae nocitura videantur, omniaque, quaecumque ad vivendum ſint neceſſaria, anquirat, et paret, ut paſtum, ut latibula, ut alia eiusdem generis. Commune autem animantium omnium eſt coniunctionis appetitus, procreandi cauſa, et cura quaedam eorum quae procreata ſunt. Da nun die Natur dem Menſchen auch ein angebohrnes Recht gege-

36) Wie der alte Philoſoph Taurus beym GELLIVS Noct. Atticar. Lib. XII. c. 5. bezeugt.

37) Quid enim aliud eſt natura, ſagt SENECA *de Benefic.* Lib. IV. c. 7. quam Deus, et divina ratio, toti mundo et partibus eius inſerta?

38) *de Offic.* Lib. I. c. 4.

ben, dieſen Trieben zu folgen, ein gleiches Vermögen, ſecundum naturam vivendi, aber auch denen Thieren angebohren ſey, ſo erzeugte ſich auf ſolche Art die von **Ulpian** angenommene Idee eines den Menſchen mit den Thieren gemeinſchaftlichen Naturrechts [39]). Von dieſem unterſchied man das denen Menſchen eigne Naturrecht, welches man *ius gentium* nannte. Hierunter verſtehen die alten Römiſchen Juriſten dasienige Recht, was nur allein Menſchen, jedoch alle Menſchen, mit einander gemein haben, und welches ihnen die allen gemeine Vernunft lehrt. *Gentes* heiſſen hier nicht Nationen, Völker, wie es **Briſſon** erklärt [40]), ſondern überhaupt Menſchen. Es wird dies Wort hier in eben der Bedeutung genommen, wie bey denen Franzoſen das Wort *gens* Ius gentium iſt alſo nicht durch Völkerrecht, ſondern durch Menſchen-Recht zu überſetzen, wie aus dem Folgenden erhellen wird. **Gajus** *L.* 9. *D. h. t.* ſagt: Quod naturalis ratio inter *omnes homines* conſtituit, id apud omnes peraeque cuſtoditur: vocaturque *ius gentium*, quaſi quo iure *omnes gentes* utuntur Hiermit ſtimmt auch **Ulpian** in der oben angeführten Stelle §. 4. überein, wenn er ſagt, hoc (ſc. *Ius gentium*) ſolis *hominibus* inter ſe commune eſt; und **Pompon** L. 2. h. t. rechnet dahin Gottesverehrung, Gehorſam gegen die Eltern, und Liebe fürs Vaterland. **Florentin** L 3. h t fügt noch hinzu: Vertheidigung gegen ungerechten Angrif, und überhaupt alle aufs geſellige Leben ſich beziehende Menſchenpflichten; z. B daß kein Menſch dem andern nach ſeinem Leben oder Gut trachte. Weil nun dieſes ſogenannte

Ius

39) Vergleiche noch *Chriſt. Henr.* ECKHARDI Hermenevtic. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 132. und *Car. Frid.* WALCH in den Anmerkungen S. 219.

40) de Verbor. iuris ſignificat. v. GENS.

Ius gentium in der menſchlichen Natur gegründet iſt, und ſolche Vorſchriften enthält, die immer gut und billig ſind, weil ſie die Vernunft lehrt, ſo nennen die Römiſchen Juriſten dieſes Recht auch *ius naturale* [41]), und *naturalis aequitas* [42]). Aus dieſer Quelle des gemeinen Menſchen-Rechts leitet Hermogenian [43]) auch Krieg, Eintheilung der Völker, Staatenerrichtung, Abſonderung des Eigenthums, Begränzung der Aecker, Erbauung der Häuſer und Städte, Treibung des Handels und Gewerbes, Verträge, beſonders Kauf und Pachtung, ſamt denen daraus entſpringenden Verbindlichkeiten her [44]). Allein heutiges Tages nehmen wir Ius gentium in jener Römiſchen Bedeutung nicht, ſondern verſtehen darunter das eigentliche Völkerrecht, das iſt, den Inbegrif ſolcher Rechte und Verbindlichkeiten, welche freye Völker gegen einander zu beobachten haben; und dieſes kann auch Poſitivrecht ſeyn, inſofern es ſich auf Verträge oder Gewohnheiten gründet [45]). Man behauptet insgemein, daß der Römer ius Gentium nichts anders, als das Naturrecht im heutigen Begrif genommen ſey. Ganz unrichtig iſt dieſe Meinung eben nicht; allein es laſſen uns doch verſchiedene Stellen vermuthen, daß die Römer auch ein ius gentium poſitivum angenommen, denn Juſtinian rechnet in §. 2. I. de iure nat. gent. et civ. ausdrücklich auch dasjenige Recht zum iure gentium, *quod uſu exigente et humanis neceſſitatibus gentes ſibi conſtituerunt*; wenn es auch gleich

41) *L. 11. pr. D. h. t. L. 2. D. de Rer. diviſ.*

42) *L. 32. D. de peculio.* CICERO *in Topic. c. 7. 23.*

43) *L. 5. D. de I. et I.*

44) Ueber dieſe Stelle des Hermogenians verdient inſonderheit *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano a. a. O. Exercit. 3. u. folgg. verglichen zu werden.

45) S. Höpfners Naturrecht §. 215.

dem natürlichen Recht zu wieder seyn sollte. z. B. so leitet Juſtinian Kriegsgefangenſchaft und Sclaverey aus dem iure Gentium her, und bemerkt dabey, daß beydes dem natürlichen Recht ganz entgegen ſey, weil nach dem Naturrecht alle Menſchen freyer Geburt wären. Mit ihm ſtimmt auch Ulpian überein, wenn er *L.* 4. *h. t.* die Manumiſſion oder Entlaſſung der Sclaven aus der Gewalt und Eigenthum ihres Herrn zum iure Gentium rechnet. Hieraus ergiebt ſich, daß die Römiſchen Juriſten eigentlich ein zwiefaches Ius gentium angenommen. Erſtens ein natürliches, wornach alle Menſchen leben, was ſchon die geſunde Vernunft lehrt, und dem Menſchen gleichſam ins Herz geſchrieben iſt. Ein Recht, was nicht von Menſchen eingeführt, ſondern von Gott ſelbſt durch unveränderliche Geſetze mit der menſchlichen Natur weſentlich verknüpft worden iſt. Von dieſen iſt die Stelle in denen Inſtitutionen des K. Juſtinians zu verſtehen, wo es §. 11. *de I. N. G. et C.* heißt: Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent. Sodann ein poſitives, was zwar Menſchen und Völker mit einander gemein haben, aber doch nur von Menſchen um des gemeinen Nutzens und der Nothwendigkeit willen iſt eingeführet worden. Das erſtere wird von Einigen Primarium, das letztere aber Secundarium genennet.

Von dem iure naturali und gentium in der erklärten Bedeutung unterſchieden nun die Römer das *Ius Civile:* und verſtanden darunter überhaupt das poſitive Recht eines einzelnen Staats. Nam quod quisque populus ipſe ſibi ius conſtituit, ſagt Gajus *L.* 9. *h. t.* id ipſius proprium civitatis eſt: vocaturque

ius

ius civile, quaſi ius proprium ipſius civitatis. In einem noch eminentern Sinn aber benennte man das poſitive Recht des Römiſchen Staats mit dieſem Namen, ſo wie auch noch heutiges Tages das Römiſche Recht κάτ ἐξοχην das bürgerliche oder civil Recht genennet zu werden pfleget. Die übrige Bedeutungen von *ius civile* übergehe ich, weil man ſie in dem Höpfnerſchen Commentar über die Heinecciuſſiſchen Inſtitutionen §. 31. S. 39. der zweiten Ausgabe ſchon vollſtändig angeführt findet. Statt deſſen aber erlaube man mir noch eine Bemerkung hinzuzufügen. Es iſt bekannt, daß die Peregrini, worunter man bey den Römern ehemals alle diejenigen verſtand, die keine Römiſche Bürger waren, nicht nach dem Recht der römiſchen Bürger gerichtet, ſondern die bey ihnen ſtatthabende Rechte und Verbindlichkeiten vielmehr nach dem *Iure Gentium* beurtheilt wurden: Georg Schubart denkt ſich dabey das gemeine Natur- und Völkerrecht [46]. Allein ſeine Erklärung ſtimmet mit demjenigen nicht überein, was wir theils in denen Römiſchen Scriptoren, theils in denen Fragmenten des Antejuſtinianeiſchen Rechts vom iure peregrinorum aufgezeichnet finden. Dieſe belehren uns, daß man bey den Peregrinis einen Unterſchied gemacht, ob ſie Bürger einer gewißen unter Römiſcher Souveränität geſtandenen Stadt waren, oder nicht: leztere nennte man ἀπόλιδες, d. i. nullius certae civitatis cives, dieſen verſtatteten die Römer blos das, was iuris gentium war, wie Marcian in *L.* 17. D. de poenis anmerkt. Ihre Rechtsſachen entſchied daher der Prätor peregrinus nach der Vernunft und dem gemeinen Menſchenrecht, inſofern ihm nicht etwa ähnliche rechtskräftig abgeurtheilte Fälle, oder die Römiſchen Geſetze ſelbſten hierin eine Entſcheidungsnorm an die Hand gaben.

[46]) de Fatis Iurisprud. Rom. Exerc. II. pag. 399.

ben. Solche peregrinos hingegen, die Bürger einer gewißen Stadt waren, richtete der Prätor peregrinus nach denen Geſetzen derjenigen Stadt, zu welcher Jeder gehörte. Man vergleiche hierbey folgende Stellen des Cicero *Epiſt. Fam.* Lib. XIII. Ep. 9. und *in Verrem* Lib. II. c. 22. Desgleichen Varro *de Ling. Lat.* in Excerpt. Vett. Grammaticor. Beym Dionyſ. Gothofred S. 1375. auch Ulpian in *Fragm.* Tit. XX. §. 14. und Anton Schulting in den Noten über den Ulpian Not. 45.[47]) In beyden Fällen ſagte man jedoch vom Prätor peregrinus, quod *iure gentium* iudicaret. Hieraus klärt ſich alſo noch eine beſondere Bedeutung vom *iure gentium* auf, worunter die Römer auch das poſitive Recht einzelner Völker verſtanden[48]).

§. 12. und 13.

Eintheilung des Rechts in Staats- und Privatrecht.

Der Ordnung nach ſollten wir nun 2) das Recht nach Verſchiedenheit des Gegenſtandes in das Staats- und Privatrecht eintheilen. Es wird jedoch zuförderſt nöthig ſeyn, einige widrige Eintheilungen und Begriffe aus dem Wege zu räumen, wodurch der Autor das Syſtem ganz verwirrt hat. Er theilt nehmlich das *Ius civile* hier auf eine doppelte Art

47) Von dem verſchiedenen Recht der Peregrinorum handelt am beſten Franz Carl Conradi in Parergis Lib. I. N. I. §. XI. u. folgg.

48) Beyläufig hat dieſes auch Joh. Theoph. Seger in Diſſ. de vi legum et decretorum in territorio alieno (Lipſiae 1777) §. 3. angemerkt.

Art ein, einmahl in *ius civile univerſale* und *particulare*, und dann in *publicum* und *privatum*. Hiergegen muß ich zuerſt erinnern, daß der Autor ſich genöthiget ſiehet, die Benennung *ius civile* in einer Bedeutung zu nehmen, die vom Römiſchen ſowohl als heutigen Sprachgebrauch ganz abweicht. Unter *ius civile* verſtehet jeder Juriſt das poſitive Recht eines einzelnen Staats. Dies iſt auch der geſezliche oder Römiſche Begrif, wie beym vorhergehenden §. angeführt worden iſt. Da dieſes Civilrecht aber ſeiner Natur nach nur jederzeit ein particulaires Recht iſt, ſo iſt es unmöglich, ſelbiges in univerſale und particulare einzutheilen. Unſer Autor nimmt alſo Civilrecht in einer ganz eigenen Bedeutung. Er verſtehet darunter dasjenige Recht, wornach diejenigen leben müſſen, welche Bürger eines Staats ſind. Dieſes Civilrecht, fährt er nun fort, kann entweder aus dem bloſen Begrif eines Staats mit Hülfe der geſunden Vernunft hergeleitet und erkannt werden, oder es gründet ſich lediglich auf den Willen des Regenten. Erſteres nennt er das allgemeine bürgerliche Recht und lezteres das beſondere bürgerliche Recht. Allein erſteres iſt ja offenbahr nur ein Zweig des Naturrechts, welcher von den Lehrern deßelben das allgemeine Staatsrecht genennet wird; und vornehmlich die aus dem Begrif eines Staats herfließende Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten als Regenten, und der Unterthanen als Unterthanen enthält. Denn ein natürliches bürgerliches Privatrecht giebt es nicht, weil ſich, wie der verdienſtvolle Herr Oberappellationsrath Höpfner in ſeinem Naturrecht §. 273. richtig bemerkt, keine ſpecielle Rechte und Verbindlichkeiten angeben laßen, die jeder Bürger als Bürger hätte, und die nicht ſchon im außergeſellſchaftlichen Zuſtande, oder in der Geſellſchaft überhaupt

haupt ſtatt fånden. Wir theilen alſo nun vielmehr das Recht nach ſeinem Gegenſtande in das Staats- und Privatrecht ein. Staatsrecht nennt unſer Autor einen Inbegrif von Geſetzen, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten und der Unterthanen gegen einander beſtimmt werden. Privatrecht hingegen iſt ihm der Inbegrif ſolcher Geſetze, welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen gegen einander ſelbſt beſtimmen. Es iſt bekannt, daß bey Beſtimmung des Begrifs des Staatsrechts die Staatsrechtsgelehrten ſelbſt nicht einig ſind, indem einige, zu denen Hellfeld gehört, dabey auf das Subject, nehmlich auf den Regenten und die Unterthanen im Verhåltniß gegen einander betrachtet, ſehen, andere die Rechte und Verbindlichkeiten der hôchſten Gewalt zum Mittelpunct ihres Begrifs machen; noch andere auf die Staatsverfaſſung, die Verwaltung der hôchſten Gewalt darinn, und derſelben Verhåltniß gegen Auswårtige geſehen haben wollen. Man findet eine gründliche Prüfung dieſer verſchiedenen Begriffe in des Herrn Hofr. Schnauberts gelehrten Schrift de Analogia iuris publici Imperii, in fontibus iuris publici S. R. I. territoriorum non numeranda. Helmſt. 1785. §. 1. Dem ſey indeſſen wie ihm wolle, ſo verdient wohl unter dieſen ſo verſchiedenen Begriffen der von unſerm Autor angenommene den wenigſten Beifall, indem hierdurch offenbahr alle diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche das Verhåltniß eines Staats gegen Auswårtige betreffen, ausgeſchloſſen werden, mithin dieſer Begrif in dieſer Rückſicht ohne Zweifel zu eng iſt. Der richtigſte und vollſtåndigſte Begrif vom Staatsrecht iſt unſtreitig der, wenn man ſich darunter einen Inbegrif von Geſetzen denkt, welche die Rechte und Verbindlichkeiten in Anſehung der Verfaſſung und Regie-

gierung eines Staats beſtimmen [49]). Privatrecht würde hingegen der Inbegrif derjenigen Geſetze ſeyn, welche die Staats- und Regierungsverfaſſung nicht betreffen. Das Staatsrecht kann wieder in das allgemeine oder natürliche, und in das beſondere oder poſitive eingetheilet werden, je nachdem die zu demſelben gehörige Rechte und Verbindlichkeiten entweder ſchon aus dem Begriffe eines Staats herflieſſen, und daher allen Staaten gemein ſind, oder ſich auf beſondere Verträge und poſitive Geſetze gründen, und daher nur dieſem oder jenem Staat eigen ſind. Zu dem leztern gehört das teutſche Staatsrecht, worunter man den Inbegrif derjenigen Geſetze verſtehet, welche die Rechte und Verbindlichkeiten in Anſehung der Verfaſſung und Regierung des teutſchen Staats beſtimmen. Dieſes iſt entweder Reichsſtaatsrecht (Ius publicum Imperii ſ. imperiale) oder Landesſtaatsrecht, (Ius publicum territoriale) je nachdem es entweder die Staatsverfaſſung des ganzen teutſchen Reichs überhaupt, als ein Staatskörper betrachtet, oder die Regierungsverfaſſung der beſondern teutſchen Reichslande zum Gegenſtande hat. Erſteres pflegt zwar das allgemeine, und lezteres das beſondere teutſche Staatsrecht von denen Publiciſten genennt zu werden, allein die Abtheilung in Reichs- und Landesſtaatsrecht iſt der teutſchen Verfaſſung angemeſſener [50]). Dies ſind die heutigen Begriffe von

Staats-

[49]) Daß Staatsrecht auch noch in anderer Bedeutung für Staatsrechtsgelehrſamkeit (Iurisprudentia publica) genommen werde, wird in der Folge bey Entwickelung der mancherley Theile der in Deutſchland üblichen Rechtsgelahrtheit geſagt werden.

[50]) S. Hofr. Schnauberts Anfangsgründe des Staatsrechts der geſammten Reichslande. Jena 1787. 8. und [illegible] Joh.

Staats- und Privatrecht; wir wollen nun aber auch noch die Begriffe hinzufügen, die ſich die alten Römiſchen Juriſten davon gemacht haben. **Ulpian** ſagt *L.* 1. §. 2. *h. t. Publicum ius* eſt, quod ad ſtatum rei Romanae ſpectat: *Privatum*, quod ad ſingulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. *Publicum ius* in ſacris, in ſacerdotibus, in magiſtratibus conſiſtit. Staatsrecht nannten ſie alſo eigentlich dasjenige Recht, was die Verfaſſung des Röm. Staats (rei Romanae) betrift, und diejenigen Geſetze in ſich begreift, welche auf das Wohl des ganzen Staats abzweckten. Zu dieſem rechneten ſie wegen der genauen Verbindung der Röm. Götterlehre mit dem Staatsſyſtem auch das *Ius ſacrum*, welches theils *feciale*, theils *augurale*, theils *pontificium* war [51]). Privatrecht hingegen war ihnen alles dasjenige Recht, welches zunächſt bloß den Vortheil der einzelnen Bürger zur Abſicht hatte. Auſſer jener eigentlichen Bedeutung des Iuris publici finden wir jedoch noch manche andere Bedeutungen dieſer Benennung in denen Römiſchen Geſetzen, welche merkwürdig ſind. So ſagt z. B. **Papinian** in *L.* 3. *D. Qui teſtamenta facere poſſ.* Die Teſtamentifactio ſey nicht privati ſondern *publici iuris*. Hier wird alsdann dasjenige *publici iuris* genennt, was von der ausdrücklichen Conceſſion der Geſetze abhängt, und

Joh. Richard Roths Staatsrecht deutſcher Reichslande. Mainz 1788. 8.

51) Vid. *Io. Frid.* EISENHART Diſſ. de iure publico Pop. Rom. *ad L.* 1. §.2. *D. de I. et I.* Helmſt. 1764. *Franc. Car.* CONRADI Diſp. de Fecialibus et iure Feciali Pop. Rom Helmſt. 1734. *Io. Iac.* MASCOV. Diſſ. de Iure auſpicii apud Rom. Lipſ. 1721. und *Iac.* GVTHERIVS de veteri iure pontificio urbis Romae. in *Theſaur. Antiquit. Rom.* GRAEVII Tom. V.

und weder eine Folge des, wenn gleich freyen Eigenthums iſt, noch durch die Einwilligung eines andern, in deſſen Gewalt man iſt, erlangt werden kann, ſondern was nur bloß ſolchen allein zuſtehet, denen die Geſetze dieſe Macht oder dieſes Recht verliehen haben. Gerade ſo verhält es ſich mit der Teſtamentifaction. Dieſe ertheilen die Geſetze nur denen Patribus familias. Alſo kann kein filius familias als ein ſolcher, ſolang er in väterlicher Gewalt iſt, ein Teſtament machen. Wenn auch gleich der Sohn das freye Eigenthum ſeiner Adventitien hätte, und der Vater ſeine Einwilligung zur Teſtamentsverfertigung gegeben. Die Teſtamentifaction iſt alſo ein Recht, ſo nur die Geſetze ertheilen, was aber kein Privatus dem andern zu ertheilen vermag. Sodann wird *ius publicum* auch für ein ſolches Recht genommen, was um des gemeinen Beſtens willen eingeführt iſt, wenn es auch gleich nicht den ganzen Staat, ſondern nur zunächſt Privatperſohnen angehet. So wird z. B. das Recht, die in redlicher Abſicht für einen andern, in Hofnung der Wiedererſtattung vorgeſchoſſene Begräbnißkoſten zurückzufordern, in *L.* 20. *pr. D. de religioſis* publicum ius genennt, was zum Nachtheil eines ſolchen Gläubigers durch keine vom Schuldner mit einem Dritten etwa des Begräbniſſes halber geſchloßne Verträge vereitelt oder vermindert werden kann. Eben ſo wird ferner das Recht des Mündels, ſich wegen erlittenen Schadens, in Ermanglung anderweitiger Deckung an dem Vormundſchaftsgericht zu regreßiren, wenn ſolches bey der geſchehenen Beſtellung des Vormunds einer ſich zu Schulden gebrachten Fahrläßigkeit oder Pflichtvergeſſenheit überwieſen werden könnte, in *L.* 1. §. 9. *D. de magiſtrat. conven.* ebenfalls *ius publicum* genennt, und zugleich verordnet, daß wenn etwa das Wayſen-Gericht einem Amtsbeiſitzer allein die Unterſuchung der Sicherheit

cherheit des Vormunds aufgetragen, und dabey mit demſelben verabredet hätte, daß die Beſtellung des Vormunds bloß auf ſeine Gefahr geſchehe, dieſer aber nicht pflichtmäſſig verfahren, ſolcher Vertrag den Pupillen nicht präjudiciren, noch die übrige Mitglieder des Vormundſchaftsgerichts von ihrer Vertretungsverbindlichkeit befreyen ſolle, ſondern nur ſo viel bewürke, daß jener zuerſt allein fürs Ganze haften müſſe, und erſt nach ihm die Vertretung an die übrigen Beyſitzer komme. Hieraus erklärt ſich nun, wenn **Papinian** in *L.* 38. *D. de pactis* ſagt: ius publicum privatorum pactis mutari non poteſt; welches den Sinn hat, was die Geſetze zum gemeinen Beſten verordnet haben, kann durch Privatverträge zum Nachtheil Anderer nicht abgeändert oder aufgehoben werden. Denn durch Verträge können die Paciscenten nur über ihr eigenes Intereſſe diſponiren; allein Andern Rechte und Vortheile zu entziehen, oder zu mindern, welche ihnen das gemeine Recht geſtattet, ſind ſie nicht befugt[52]. Zuletzt wird *Ius publicum* auch alles dasjenige genennet, was die Verwaltung eines öffentlichen Amts oder Staatsbedienung angehet. So ſagt z. B. *L.* 14. *D. ad Sctum Trebell.* Quod ad *ius publicum* attinet, non ſequitur ius poteſtatis, das heiſſet, wie der Zuſammenhang mit *L.* 13. §. 5. *D. eodem* lehret, wenn ein filiusfamilias ein öffentliches Amt im Staat bekleidet, ſo hat ihm der Vater in Amtsſachen nichts zu befehlen. *Non ſequitur*, nehmlich filiusfamilias, *ius poteſtatis*, nehmlich patriae, alſo iſt der Wortverſtand, der Sohn kehrt ſich an die Rechte

[52]) *Ius publicum*, ſagt *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. X. §. 6. ſey hier nicht illud, quod in ſacris, in magiſtratibus, et ſacerdotibus conſiſtit; ſondern ſoviel als *ius commune*, quod omnium utilitatem reſpicit, und werde dem iuri per conventionem, teſtamentum aut privilegium quaeſito entgegengeſezt.

Rechte der väterlichen Gewalt nicht, unter welcher er als filiusfam. ſtehet, wenn er als Conſul oder Prätor handelt; ſo erklärt dieſe Stelle Joſeph Fineſtres[53]), und ich glaube richtig, denn die Emendation des Cornelius van Bynckershöck[54]) welcher *non ſequimur* (i. e. non obſervamus, non attendimus ad patriam poteſtatem,) leſen will, ſcheint mir völlig überflüſſig zu ſeyn. Uebrigens hat von den mancherley Bedeutungen des Iuris publici am ausführlichſten gehandelt Ulrich Huber in ſeinen *Digreſſionib. Iuſtinianeis* Part. II. Lib. I. Cap. 21. §. 3. und folg.

§. 14.

Eintheilung des Rechts in Permiſſiv- und Zwangsrecht. Nichtigkeit der Handlungen, welche gegen verbietende Geſeze unternommen worden, und ob gegen verbietende Geſetze eine gültige Entſagung statt finde?

Das Recht, für einen Inbegrif von Geſetzen genommen, kann auch

3) ſeiner Würkung nach eingetheilt werden. Denn iſt es entweder Permiſſiv, oder Zwangsrecht. Erſteres (ius permiſſivum) enthält Geſetze, welche ein Recht oder Vermögen etwas zu thun verſtatten. So z. B. geben die Geſetze jedem, der ſui iuris, und dabey Pubes iſt, das Recht, ein Teſtament zu machen. Ferner jeder zur Erfüllung der Ehezwecke tüchtige Menſch hat das freye Recht, eine Ehe einzugehen, oder

53) in Hermogeniano Tom. II. Lib. VI. pag. 1049. und folg.

54) in Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 18.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

oder ſich derſelben zu enthalten. Eben ſo erlauben auch die Geſetze einem Vater, ſeine natürliche Kinder durch nachfolgende Ehe mit ihrer Mutter zu legitimiren. Lezteres (Ius cogens) enthält im Gegentheil Geſetze, welche eine Handlung gebiethen oder verbiethen. Permiſſivgeſetze legen nun zwar demjenigen, dem dadurch etwas verſtattet oder ein gewiſſes beſonderes Recht ertheilet wird, der Regel nach keine Verbindlichkeit auf, ſich deſſelben zu bedienen, ſondern überlaſſen ſolches eines Willkühr; ich ſage, der Regel nach, denn es findet eine Ausnahme ſtatt, wenn das mir verſtattete Recht mit dem Recht und der Befugniß eines Andern dergeſtalt in Verbindung ſtehet, daß ſolche durch den Nichtgebrauch meines Rechts gekränkt werden würde. Z. B. So kann ein filiusfamilias ſich ohne Wiſſen und Willen ſeines Vaters der Rechtswohlthat des Macedonianiſchen Rathsſchluſſes rechtsgültig nicht begeben [55]; auch kein Geiſtlicher ſeinem befreieten Gerichtsſtande ohne Conſens des ordentlichen geiſtlichen Richters entſagen [56]. Allein jeden andern verbinden ſie jedoch perfecte, denjenigen, welchem die Geſetze eine Befugniß zu handeln verſtattet haben, in dem rechtmäſigen Gebrauch ſeines Rechts nicht zu ſtöhren noch zu verhindern. Auf ſolche Art läſſet ſich dieſe Eintheilung des Rechts in ius permiſſivum und cogens wohl vertheidigen, ob ſie ſchon einige Rechtsgelehrten, wiewohl ohne genugſamen Grund, haben ver-

[55]) Struben in den rechtlichen Bedenken. I. Th. B. 156. S. 377.

[56]) *cap. 12. X. de foro compet.* quia pacto privatorum iuri publico minime derogatur. S. *G. L.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 6. §. 243. not. b.

verwerfen wollen[57]). Ja ſie iſt ſelbſt in denen Geſetzen gegründet; denn ſo ſagt Modeſtinus in *L. 7. D. de Legib.* ausdrücklich: Legis virtus haec eſt: imperare, vetare, *permittere*, punire. Zwangsgeſetze hingegen ſchlieſſen allen Willkühr zu handeln aus, und legen allen und jeden die vollkommene Verbindlichkeit auf, dasjenige, ſo dieſelben befohlen, zu thun, und was ſie verbothen haben, zu unterlaſſen, wenn man ſich nicht die auf dem entgegengeſezten Fall beſtimmte Uebel zuziehen will. Daher wird das ius cogens wieder in ein gebietendes (ius praeceptivum) und verbietendes Recht, (ius prohibitivum) eingetheilet, nachdem es entweder etwas zu thun oder etwas zu unterlaſſen anbefiehlt. Das verbietende Recht kann wieder ſehr verſchieden ſeyn. Manche Handlungen verbiethet ſchon das Naturrecht (ius prohibitivum naturale); manche Handlungen hingegen ſind natürlich erlaubt und verbindlich, aber die bürgerlichen Geſetze verbieten ſie (ius prohibitivum poſitivum). Da die Gründe, wodurch der bürgerliche Geſezgeber bewogen wird, eine natürlich erlaubte Handlung zu verbieten, mancherley ſeyn können, ſo laſſen ſich hieraus wieder verſchiedene Claſſen des verbietenden Poſitivrechts formiren. Der Grund des bürgerlichen Verbots iſt entweder aus der Handlung an ſich, ohne Rückſicht auf die Perſohn der Contrahenten, oder aus dem perſöhnlichen Verhältniß derſelben herzuleiten. Im erſtern Fall entſtehet ein allgemein verbietendes Poſitivrecht (ius prohibitivum poſitivum obiective tale), welches diejenigen Fälle in ſich begreift, wo

[57]) GROTIUS *de I. B. et P.* Lib. I. c. I. §. 9. PUFFENDORF *de Iur. Nat. et Gent.* L. I. c. 6. §. 15. Allein man ſehe nach *Frid. Lud.* DOERING Diſſ. de quadruplici Legis virtute. Erford. 1776. §. 5.

wo die Handlung nicht blos gewiſſen Perſohnen, ſondern allgemein verbothen iſt, weil die uneingeſchränkte Freiheit, ſie zu unternehmen, mit nachtheiligen Folgen für den Staat verknüpft ſeyn kann. Hierher gehören die Hazardſpiele[58]), der unerlaubte Zinswucher (uſuraria pravitas)[59]), der commiſſoriſche Vertrag bey Verpfändungen[60]), der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten, ohne richterlichen Conſens, entſaget wird[61]), die Verabredung, daß ſtatt der auf einen Proceß vorgeſchoſſenen Koſten und geſezmäſigen Zinſen davon, ein Theil des gewonnenen Vermögens gezahlt werden ſolle (pactum de quota litis)[62]), die Schenkung einer Summe, welche ſich über 500 Solidos beläuft, ohne gerichtliche Inſinuation[63]), u. d. m. Im leztern Fall, wenn die bürgerlichen Geſetze blos gewiſſen Perſohnen, die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, genommen haben, (ius prohibitivum poſitivum ſubiective tale) laſſen ſich wieder zwey Fälle annehmen. Einige Perſohnen ſchlieſſen die verbietende Poſitivgeſetze zu ihrem eigenen Beſten von allen oder einigen rechtlichen Handlungen aus, weil ſie annehmen, daß ihnen die gehörige Einſicht, Ueberlegung und Freiheit des Willens abgehe, oder ſie doch wenigſtens der Uebereilung, und ungebührlicher Verleitung vorzüglich ausgeſezt ſind, dahin gehören z. B. die Bürgſchaften und ſonſtigen Interceſſionen der Frauensperſohnen, deßgleichen

58) *L. 3. C. de Aleator.*

59) Ref. Polic. Ordn. von 1530. tit. 26. von 1548. tit. 17. und 1577. tit. 17.

60) *L. ult. C. de pact. pign.*

61) *L. 8. pr. D. et L. 8. C. de transact.*

62) *L. 53. D. de pactis. L. 5. C. de poſtul.*

63) *L. 36. §. ult. Cod. de donat.*

chen die rechtlichen Geſchäfte der Unmündigen und Minderjährigen, auch ſolcher Perſohnen, welche gerichtlich für Verſchwender erklärt ſind, ohne Einwilligung der Vormündere. Andere Perſohnen hingegen entfernt das bürgerliche Verbot von Eingehung gewiſſer Rechtshandlungen, weil es die gemeine Wohlfarth erfordert. So iſt z. B. denen Richtern das Annehmen der Geſchenke unterſagt, wenn auch an ſich keine unerlaubte Abſicht dabey obwalten ſollte [64]). Ferner darf keinem Chriſten die Schuldforderung eines Juden an einen Chriſten abgetreten werden [65]), nicht weniger iſt die Ceſſion an einen Mächtigern verbothen [66]). Hierher gehören auch die verbotenen Heirathen unter gewiſſen Perſohnen, theils wegen zu naher Blutsfreundſchaft und Schwägerſchaft, theils wegen anderer Urſachen. Die Claſſification dieſer verſchiedenen Gattungen des verbietenden Rechts wird uns in der Folge manchen Nutzen ſchaffen [67]). Zulezt kann das Prohibitivrecht auch in ein durchaus verbietendes (ius abſolute prohibitivum) und ſolches, was nicht durchaus und ſchlechterdings, ſondern nur hypothetiſch verbietend iſt, (ius ſecundum quid prohibitivum) eingetheilt werden.

Wie wenn nun aber eine Handlung gegen ein dergleichen verbietendes Geſez unternommen worden iſt, was hat ſie für Wirkung? iſt ſie ſchlechterdings für null

64) *L. 6. C. ad L. Iul. repetund. Nov. 8.* und *161.*

65) R. A. vom Jahr 1551. §. dieſem zu begegnen. R. P. O. v. J. 1577. tit. 20. §. Es ſoll auch.

66) *L. 2. C. ne liceat potentioribus.*

67) Siehe Herrn Prof. Webers Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2te Abth. §. 65. 66. und 67.

null und nichtig zu halten? Die Note l. enthält die Entſcheidung dieſer Frage. *Regulariter*, ſagt daſelbſt der Autor, *actus contra legis probibitionem ſusceptus eſt nullus.* Ich trete dieſer Meinung ohne weiteres Bedenken bey. Schon die geſunde Vernunft überzeugt uns von dieſer Regel, denn indem die Geſetze dieſe oder jene Handlung verbieten, ſo wird eben dadurch denen Unterthanen die moraliſche Befugniß dazu entzogen. Wie nun von dieſer Befugniß die Gültigkeit und rechtliche Wirkung der Geſchäfte abhängt; ſo verſtehet es ſich von ſelbſt, daß das bürgerliche Verboth die Nichtigkeit ſolcher Handlungen, welche dagegen unternommen werden, nach ſich ziehen müſſe [68]). Es beſtättigen aber auch das nehmliche die deutlichſten Civilgeſetze. Deutlicher und beſtimmter kann keine Vorſchrift ſeyn, als die Verordnung der Kayſer **Theod.** und **Valent.** im *L.* 5. *C. de Legib.* [69]), welche folgendes Inhalts iſt: Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus ſubſecutum, qui contrahunt lege contrahere pro-

[68]) S. PUFFENDORF *in I. N. et G.* Lib. III. cap. 7. §. 6. Zwar meint GROTIUS *de Iure B. et P.* Lib. II. c. 5. §. 14. n. 4. et 10. es ſey noch ein Unterſchied unter verbieten, und eine Handlung nichtig machen; und erſteres ſchlieſſe das leztere nicht nothwendig in ſich, indem dem Verbot auch durch eine Strafe ein Genüge geſchehen könne. Allein Herr Regierungsrath Eichmann hat dieſe Meinung in ſeinen vortreflichen Erklärungen des bürgerlichen Rechts I. Th. S. 31. gründlich widerlegt.

[69]) Die Diſtinction des ältern Röm. Rechts inter *leges perfectas*, *imperfectas* et *minus quam perfectas*, die ich ſchon oben S. 56. u. 57. erläutert habe, übergehe ich hier um ſo mehr, da ſie durch das neuere Röm. Recht gänzlich aufgehoben worden iſt.

prohibente. Quod ad *omnes* etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas trahi, *generaliter* imperamus: ut legislatori, quod fieri non vult, *prohibuiſſe* tantum ſufficiat: caeteraque, quaſi expreſſa ex legis liceat voluntate colligere; hoc eſt, *ut ea, quae lege fieri prohibentur, ſi fuerint facta, non ſolum inutilia, ſed pro infectis etiam habeantur;* licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec ſpecialiter dixerit, *inutile eſſe debere, quod factum eſt.* Hiermit ſtimmt endlich auch das kanoniſche Recht überein, denn das *cap. 64. de Reg. iuris in 6to* ſagt ausdrücklich: quae contra ius fiunt, debent utique pro infectis haberi. So deutlich nun dieſe Geſetze reden, ſo ſehr muß man ſich billig wundern, wenn dennoch die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber ſo verſchieden ſind. Einige halten dafür, daß eine verbotene Handlung nur ſodann auch zugleich als nichtig angeſehen werden könnte, wenn das Geſez dieſes ausdrücklich verordnet hätte [70]). Andere laſſen zwar unſern obigen Saß, als Regel, gelten, aber ſie fügen im Allgemeinen die Ausnahme hinzu, daß, wenn die Geſetze etwas bey Strafe verbieten, ohne zugleich die Handlung ſelbſt für nichtig zu erklären, ſodann zwar die Strafe verwirkt ſey, das verbotene Geſchäft ſelbſt aber ſeinen ungehinderten Fortgang behalte [71]). Allein die erſtere wie die andere Meinung

 iſt

70) So denken VOETIUS Comment. ad Pandect. Tit. *de Legibus* §. 16. *Io. Steph.* PÜTTER in Theoria generali de nullitate. Goetting. 1759. §. 17. und 20. *Aug. Wilh.* MEIER in Comment. de nullitate ſententiar. ſanabili et inſanabili. Goetting. 1777. §. 5.

71) Dies iſt beſonders die Meinung des VINNIUS in Select. Quaeſt. Lib. I. c. I.

iſt unmöglich zu rechtfertigen, weil, was jene Meinung anbetrift, eines Theils nicht abzuſehen, warum dasjenige, was doch die Natur der Sache ſchon mit ſich bringt, noch erſt durch beſondere geſezliche Vorſchriften angeordnet ſeyn müſte, andern Theils aber auch durch die oben angeführte Geſetze die Ausdrückung der Richtigkeits-Clauſul bey verbietenden Geſetzen ſchlechterdings für unnöthig erkläret wird; nach der andern Meinung aber das offenbahre Abſurdum zugelaſſen werden müßte, daß die im Geſez gedrohete Strafe, welche doch nach der Abſicht des Geſezgebers den Unterthan von Unternehmung des verbotenen Handels noch mehr zurückhalten ſoll, ein Mittel werden könne, ſich die zur Gültigkeit des Geſchäfts erforderliche moraliſche Befugniß beyzulegen [72]). Noch zweyerley iſt jedoch hierbey zu bemerken.

Erſtens, daß obige Regel in einigen Fällen gewiſſermaßen eine Ausnahme findet, wo verbotene Rechtsgeſchäfte nach der Verordnung der Geſetze nichts deſto weniger aufrecht bleiben. Forſchen wir jedoch dem Grunde davon genau nach, ſo wird ſich bald ergeben, daß in andern Fällen keinesweges das nehmliche zu behaupten ſey. Wir wollen nun einige dieſer Ausnahmen ſelbſt prüfen. So iſt z. B. bekannt, daß, wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs ſich ohne erhaltene Diſpenſation anderweitig verheirathet, zwar hierdurch die geſetzliche Strafe verwirkt, jedoch die, obgleich verbotene

72) Man ſehe, was Herr Prof. Weber im angef. Buch §. 74. S. 297. und folgg. mit dem ihm eignen Scharfſinn hierüber geſagt hat. Vergleiche auch *Greg.* MAIANSII Diſſ. de factis contra legem: *Tom. II. Diſput.* Nr. XI. Eichmann a. a. O. *Car. Chriſtph.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. Lib. I. cap. VI. Tit. III. §. 210.

botene, Ehe ſelbſt nicht annulliret werde [73]). Der Grund hiervon iſt kein anderer, als dieſer; weil die zweite Verheiratung an ſich und überhaupt den Geſetzen nicht zuwider iſt, ſondern das Verbot ſich nur auf eine gewiſſe Zeit beſchränkt: folglich eine gänzliche Aufhebung der Ehe theils über die wahre Abſicht des Geſezgebers hinausgehen, theils mit noch ſchädlichern Folgen verknüpft ſeyn würde, als diejenigen ſind, welche das Verboth der zu frühen Heiráth verhüten ſoll; ohne einmal die leztere ſelbſt, nachdem die Ehe bereits vollzogen worden, verhindern zu können [74]). Eben dieſer Umſtand, daß die Aufhebung eines gegen das geſezliche Verboth unternommenen Geſchäfts ungleich ſchädlichere Folgen veranlaſſen würde, als wenn daſſelbe aufrecht bleibt, iſt die Urſach, warum die zwar verbotene, aber doch diſpenſationsfähigen Ehen unter Anverwandten nicht wieder getrennt, ſondern nur diejenigen, die ſie eingegangen haben, von der Obrigkeit geſtraft werden [75]). Es werden alſo in beyden Fällen die an ſich verbotenen Ehen eigentlich erſt durch die nachher erfolgte ſtillſchweigende Diſpenſation gültig gemacht; Beweiß genug, wie wenig dasjenige, was hier nach beſondern Verhältniſſen eintritt, für alle übrige Fälle, wo die Geſetze etwas verbieten, als Regel gelten könne.

[73]) S. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Proteſt. Lib. IV. Tit. 21. §. 17. und 18. Schotts Einleitung in das Eherecht. §. 106. Hofmann Handbuch des Teutſchen Eherechts. Hauptſt. 44. §. 321. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. lib. ſing. c. XVII. ingleichen Adverſarior. iuris univ. Lib. I. cap. X.

[74]) Weber a. a. O. S. 300.

[75]) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. II. Tit. 5. §. 386. not. f. HELLFELD §. 1218.

Zweitens iſt zu bemerken, daß, wenn gegen das Verbot eines Geſetzes gehandelt worden, deswegen nicht immer gleich das ganze unternommene Geſchäft nichtig ſey, ſondern der Regel nach nur in ſo weit ſolches dem Geſez zuwider iſt, (quatenus in legem peccatum) es wäre denn, daß die vorgenommene Handlung durchaus von den Geſetzen ſey verboten worden [76]). Z. B. eine Schenkung, die ſich über 500 Solidos beläuft, und nicht gerichtlich inſinuirt worden, iſt deswegen nicht ganz ungültig, ſondern nur in ſo weit ſie dieſe Summe überſteigt, ſie gilt alſo wenigſtens doch bis auf die erlaubte Summe [77]). Desgleichen wenn ſich ein Gläubiger von ſeinem Schuldner mehr Zinſen hat verſprechen laſſen, als die Geſetze erlauben, ſo iſt deswegen nicht die ganze Stipulation ungültig, ſondern nur in ſo weit ſie geſezliche Quantität der Zinſen überſteigt [78]). Auch ſogar bey leztern Willensverordnungen findet dieſes zuweilen ſtatt. Z. B. wenn Eltern ein Kind ohne rechtmäſige Urſach enterben, ſo iſt ein ſolches pflichtwidriges Teſtament nicht ganz ungültig, ſondern es ſoll nach der Nov. 115. c. 3. nur die Erbenseinſetzung auf erhobene Querel des enterbten Kindes reſcindiret werden. Der Grund iſt leicht einzuſehen. **Juſtinian** will, daß Eltern ihre Kinder zu Erben ernennen ſollen, es ſoll alſo denen Eltern nicht er-

[76]) VINNIUS *Select. Quaeſt.* Lib. I. c. I. *Chr. Lud.* CRELL Obſervat. de fructu et effectu negotii inutilis nullius et imperfecti. Vitembergae 1750. *Chriſt. Ferd.* HARPPRECHT Diſſ. de effectibus actus nulliter geſti. Tüb. 1750.

[77]) *L. 34. pr.* und *L. 36 §. 3. C. de donat.*

[78]) *L. 29. D. de Uſuris.* Placuit, ſive *ſupra ſtatutum modum* quis uſuras ſtipulatus fuerit, ſive *uſurarum uſuras*, quod illicite adiectum eſt, pro non adiecto haberi, et *licitas peti poſſe.*

erlaubt ſeyn, ihren Kindern den gebührenden Pflichtheil, durch Schenkung, Vermächtniß oder Fideicommiß zu hinterlaſſen, ohne ſie zu Erben einzuſetzen. Haben die Eltern dieſe Vorſchrift nicht beobachtet, ſo haben ſie nur in Anſehung der Erbenseinſetzung wider das Geſez gehandelt, nicht in Anſehung deſſen, was ſie ſonſt an Vermächtniſſen, Fideicommiſſen, Vormundſchaften, u. d. in ihren lezten Willen verordnet haben. Alſo iſt nur iene ungültig, alles andere hingegen bleibt aufrecht. Ich übergehe andere Beyſpiele [79]), und bemerke nur noch, daß in den angeführten Fällen die bekannte Regel: utile per inutile non vitiatur [80]) eintrit, welche jedoch nicht in jedem Fall anwendbar iſt [81]).

Noch eine Frage iſt zu erörtern übrig, nehmlich dieſe, ob gegen verbietende Vorſchriften der Geſetze eine Entſagung ſtatt finde? Nach der Natur verbietender Geſetze können wir hierauf anders nicht als mit Nein antworten. Denn denken wir uns ein verbietendes Geſez, ſo läſſet ſich damit ohne Widerſpruch nicht verbinden, daß es den Unterthanen erlaubt ſey, demſelben nach Gutbefin-

[79]) Man vergleiche *L. 5. §. 2. L. 31. §. 4. D. de donat. inter Vir. et Vx. L. 7. C. de inoff. donat.*

[80]) *L. 1. §. 5. D. de Verb. obligat. cap. 37. de Reg. Iur. in 6to.*

[81]) AVERANIUS Interpretat. iuris Tom. I. Lib. II. c. 3. n. 11. und 12. beſtimmt den Gebrauch obiger Regel folgendergeſtalt: *Haec regula obtinet, cum lex ſtatuit certam quantitatem, quam excedere non licet: tunc enim vitiatur ſolus exceſſus, quia vitium eſt ſolummodo in exceſſu. Contra vero, quando lex ſtatuit aliquid de natura actus, eique formam praeſcribit, tunc quia vitium eſt in ipſa natura formaque actus, neceſſe eſt, ut totus actus corruat.*

befinden entgegen zu handeln. Nun würde aber die Freyheit, dem bürgerlichen Verbote zu entſagen, offenbahr eine ſolche Befugniß involviren. Es beſtättigen auch ſelbſt die Geſetze dieſe Regel, daß gegen verbietende Geſetze keine gültige Entſagung ſtatt finde, eben ſo klar. So reſcribirt unter andern K. Antonin L. 6. C. de pactis: *Pacta, quae contra leges conſtitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris eſt* [82]). Weil aber dennoch in einigen Fällen die Geſetze ſelbſt von dieſer Regel abweichen, und eine Entſagung dagegen zulaſſen, ſo hat dieſes zu mancherley Diſtinctionen, und beſondern Regeln in den Syſtemen und Commentarien der Rechtsgelehrten Gelegenheit gegeben. Einige wollen unſere Regel zwar in ſo weit gelten laſſen, wenn man ihr den Sinn beylegt, daß niemand durch ſeine Erklärung bewürken könne, daß etwas erlaubt werde, was das Geſez verbietet; allein, wenn der Sinn der Regel dieſer ſeyn ſollte, niemand könne gültig ſich erklären, daß er ſich ſeines Rechts in Anſehung desjenigen nicht bedienen wolle, was die Geſetze ihm zum Beſten verboten haben, ſo gelte dieſe Regel zwar bey abſolut verbietenden Geſetzen, bey legibus ſecundum quid prohibitivis hingegen finde ſie keine Anwendung [83]). Allein ich zweiſle, ob dieſe Diſtinction eine in jedem Fall untrügliche Norm geben werde. Es iſt doch wohl unleugbahr, daß die Römiſche Verordnung von Schenkungen unter den Leben-

den,

[82]) Man vergleiche daneben *L. 7. §. 14. D. de pactis* und *L. 15. D. de condit. inſtitut.*

[83]) So urtheilt der berühmte Herr Geh. Rath Nettelbladt in ſ. Syſtem. Element. Iurisprud. poſitivae Germ communis general, Lib. I. Sect. V. M. II. C. II. Tit. 2. §. 458.

den, welche die Summe von 500 Solidis überſteigen, nur ein Lex ſecundum quid prohibitiva ſey, denn ſolche Schenkungen werden nicht ſchlechterdings verboten, ſondern ſie ſollen nur nicht ohne gerichtliche Inſinuation geſchehen. Es iſt auch wohl gewiß, daß bey dieſer Verordnung hauptſächlich das Beſte des Schenkenden beabſichtiget worden ſey, um denſelben für übereilte und unbedachtſame Schenkungen beträchtlicher Summen zu verwahren [84]); und dennoch kann dieſem Verbot nicht rechtsgültig renuncirt werden. Andere [85]) machen einen Unterſchied, ob der Grund des verbietenden Geſetzes vorzüglich in der Wohlfahrt des Staats liege, und dann finde ſchlechterdings keine Entſagung ſtatt, dies ſey der Sinn der *L.* 38. *D. de pactis:* ius publicum pactis privatorum mutari non poteſt; oder ob das verbietende Geſez vorzüglich nur das Intereſſe gewiſſer Perſohnen zum Grunde habe, in dieſem leztern Fall will man zwar eine Renunciation zulaſſen, aber man fügt wieder ſo viele Einſchränkungen hinzu, daß hierdurch die aufgeſtellte Regel beynahe ganz wieder umgeſtoſſen wird. Man ſagt nehmlich, wenn von ſolchen verbietenden Geſetzen, welche zugleich mit die gemeine Wohlfarth zur Abſicht haben, oder von Perſohnen, welche wegen ihres Geſchlechts, Alters u. ſ. f. nichts zu ihrem Nachtheil vornehmen können, oder von ſolchen Rechten, wobey zugleich das Intereſſe eines dritten obwaltet, die Rede ſey,

84) S. Höpfner im Commentar über die Inſtitut. §. 413. und Claproth in der theoret. pract. Rechtswiſſenſchaft von freywilligen Gerichtshandlungen. (Göttingen, 1789.) §. 196.

85) Dieſe Meynung hegt H. Hofr. Hartleben in ſeinen Meditat. ad Pand. Spec. 8. welchem H. Reg. R. Emmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 35. und folg. ganz beygetreten iſt.

ſey, ſo gelte die Entſagung nicht. Aus allem dieſen erhellet alſo ſo viel, daß man den ſicherſten Weg erwählet, wenn man die Zuläßigkeit der Entſagung in der Regel verneinet, und nur in ſo fern Ausnahmen davon anerkennet, als die Rechte ſelbſt ſolche in einzelnen Fällen beſtättiget haben [86]). So verbietet z. B. Juſtinian dem Mann ſchlechterdings alle Veräuſſerung des Brautſchatzes ſeiner Ehefrau, wenn ſolcher in liegenden Gründen beſtehet; auch wenn die Frau darinn conſentiren wollte [87]). Hätte hingegen die Frau die Alienation, welche mit ihrer Einwilligung geſchehen, nach zwey Jahren genehmigt, und ſie ſich übrigens an den Gütern des Mannes erholen könnte, ſo kann ſie die Veräuſſerung alsdann nicht weiter impugniren [88]). Unter dieſen Umſtänden erklärt alſo das Geſez ſelbſt die Entſagung des zum Beſten der Ehefrauen abzweckenden Veräuſſerungsverbots für zuläſſig. Eben ſo kann auch eine Ehefrau nach Juſtinianiſchen Rechten in gewiſſen Fällen dem Vellejaniſchen Senatusconſulto gültig entſagen [89]), welches man in Praxi noch weiter, wie wohl gegen die Abſicht und den wahren Sinn der Geſezgeber, ausgedehnt hat [90]). Was übrigens der Eid bey ſolcher Entſagung gegen die Vorſchrift verbietender Geſetze wirke, wird in der Folge beym §. 341. gezeigt werden. Nur das einzige muß ich noch bemerken, daß auch ſchlechterdings gebietende Geſetze ihrer Natur nach eben ſo wenig, als verbietende, durch

86) Eben ſo denkt Herr Prof. Weber in Entwikel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2te Abth. §. 74. S. 301.

87) *L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.*

88) *Nov. 61. cap. I. §. 3.*

89) *Nov. 94. cap. 2. Nov. 118. cap. 5.*

90) LEYSER Medit. ad Pandect. Spec. 170. Quiſtorp in den Beyträgen 1. St. Nr. VIII.

durch privat Verträge der Unterthanen abgeändert oder aufgehoben werden können. Bey hypothetiſchen Geſetzen, deren Befolgung der Geſezgeber nicht ſo durchaus und ſchlechterdings erfordert, ſondern welche nach der Abſicht deſſelben nur in Ermanglung beſonderer Verabredungen zur Entſcheidungsnorm dienen ſollen, iſt es freylich anders.

§. 15.

Eintheilung des Permißiv-Rechts in *ius abſolute permiſſivum* und *ſecundum quid tale.* Was ſind *res ſ. actus merae facultatis?*

Wenn man ſich unter dem **Permißivrecht** einen Inbegrif von Geſetzen denkt, die ein Vermögen, eine gewiſſe Handlung vorzunehmen (facultatem agendi) oder auch ſonſt eine gewiſſe Freiheit, oder Rechtswohlthat ertheilen, ſo kann ein ſolches Recht zwifach ſeyn. Die Geſetze haben entweder hierbey alles dem eignen Willkühr des Handelnden überlaſſen, ob und was er von der ihm verſtatteten Befugniß für einen Gebrauch machen will, ohne ſeiner Willkühr hierin Schranken zu ſetzen; oder ſie haben zwar die Handlung ſelbſt dem Willkühr des Handelnden überlaſſen, aber doch bey der Vornahme derſelben eine gewiſſe Förmlichkeit vorgeſchrieben, welche, wenn ſie nicht ungültig, ja wohl gar ſtraffällig ſeyn ſoll, zu beobachten iſt. Eine Summe von Geſetzen der erſtern Art machen das *Ius abſolute permiſſivum* aus, ſo wie im Gegentheil der Inbegrif von Geſetzen der letztern Art *ius ſecundum quid permiſſivum* genennet wird. So z. B. wird das Recht, bey einer fortdaurenden Gütergemeinſchaft auf die Theilung zu dringen, für eine Sache des freyen Willkührs geachtet. Die Geſetze ſagen: in communione vel ſocietate nemo compellitur invitus deti-

detineri [91]). Auch das Recht in ſeinem Eigenthum zu bauen, iſt iuris abſolute permiſſivi [92]). Allein zu heirathen, ein Teſtament zu machen, iſt iuris ſecundum quid permiſſivi. Daß nun ein ſolches ius ſecundum quid permiſſivum wenigſtens in Anſehung der zu beobachtenden Förmlichkeit zugleich ein ius praeceptivum ſey, iſt unläugbar. Aus dieſen Prämiſſen wird nun der bekannte Unterſchied inter res iuris ſ. actus facultatis, und res ſ. actus merae facultatis ſich ohne Schwierigkeit erklären laſſen. Die Benennungen kommen zwar in unſern Geſetzen nicht vor, ſondern ſind eine Erfindung der Rechtsgelehrten, allein die Sache ſelbſt iſt doch allerdings in den Geſetzen gegründet [93]). *Res ſ. actus facultatis ſ. iuris* werden überhaupt diejenigen Handlungen genennet, welche die Geſetze erlauben, und die man unterlaſſen kann, ohne den Geſetzen entgegen zu handeln [94]). Es iſt übrigens gleichviel, ob man dieſe Erlaubniß denen Geſetzen unmittelbahr zu verdanken hat, oder ob man darum ſo zu handeln berechtiget iſt, weil man

[91]) *L. 5. C. communi divid.*

[92]) *Ern. Chriſt.* WESTPHAL de libertate et ſervitutibus praedior. Sect. II. c. I. §. 2.

[93]) Man pflegt zwar insgemein ſich auf *L. 2. D. de via publica et itinere publ.* zu berufen, jedoch iſt die Leſeart dieſer Geſezſtelle annoch einigem Zweifel unterworfen; denn in der Florentiniſchen Handſchrift fehlt das andere *non*, welches *Lael.* TAVRELLVS in ſeiner Ausgabe zuerſt ergänzet hat, wie das bekannte Taurelliſche Zeichen der dabey befindlichen beiden Sternchen zu erkennen giebt. Daß jedoch dieſes *non* da ſtehen müſſe, zeigt der Context, und die *Βασιλικα*. T. IV. p. 778. beſtärken dieſes noch mehr. S. *Siegm. Reich.* IAVCHIVS de Negationibus Pandect. Florentin. Cap. I. pag. 4.

[94]) NETTELBLADT in Syſtem. Elem. Iurisprud. poſitiv. general. §. 73. u. 74.

man die von denen Geſetzen zugelaſſene Conceſſion des Eigenthümers oder geſezmäſige Verjährung für ſich hat. Z. B. wenn mir auf ſolche rechtmäſige Art auf eines Andern Feldern die Schaafhuth zuſtehet, und ich mein Vieh zur Weide hintreibe, ſo iſt dieſe Handlung ein actus facultatis. Dieſe Actus facultatis ſind nun von zweierley Art, entweder *actus merae facultatis* oder *actus non merae facultatis.* Was ſind aber res oder actus merae facultatis? Hierüber iſt viel geſchrieben und geſtritten worden [95]), und jeder macht ſich beynahe ſeinen eigenen Begrif. Die wenigſten haben die Sache ganz genau getroffen, auſſer dem Eſtor [96]); welcher mir auf dem rechten Wege zu ſeyn ſcheinet, wenn er ſagt: *res merae facultatis* ſeu *meri arbitrii* ſunt actus, ad quorum exercitium qualecunque voluntas libera agentis unice requiritur. Ich denke mir darunter Handlungen, die man nach ſeinem Gefallen und Belieben thun und unterlaſſen kann, ſolang man will, ohne daß uns daraus ein Nachtheil, oder einem Dritten ein Recht erwächſt. Hier entſtehet nun die Frage, welche Handlungen denn von dieſer Art ſind, daß man ſie ohne Nachtheil thun und unterlaſſen kann, wie man will? Die Frage iſt um ſo wichtiger, je bedeutender der Unterſchied inter res merae facultatis et non merae facultatis iſt; denn erſtere ſind keiner Verjährung unterworfen, d. i. man verliert ſein Recht, ſie dennoch

95) Die verſchiedenen Schriften ſind ſchon von unſerm Auctor not. m. angeführt, ich füge nur noch hinzu *Ge. Ad.* STRUV Diſp. de eo quod iuſtum eſt circa res merae facultatis rec. Ienae 1737.

96) in Opuſc. de abuſu rerum merae facultatis. Cap. II. §. 21. welchen auch *Iac.* RAVE in Tr. de praeſcriptione §. XIII. litt. b. folgt.

dennoch wieder zu thun, nicht, wenn man ſie auch gleich noch ſolang unterlaſſen hätte; letztere aber müſſen nach Vorſchrift der Geſetze binnen gewiſſer Zeit geſchehen; ſonſt verliehrt man ſein Recht durch den Nichtgebrauch [97]). Die Antwort auf obige Frage, und die Art, wie man die Sache vorzuſtellen pflegt, iſt nun ſehr verſchieden, wenn man die Schriften unſerer heutigen Rechtsgelehrten hierbey vergleicht. Die Meiſten ſagen, alle Handlungen der natürlichen Freyheit, welche weder in den natürlichen noch bürgerlichen Geſetzen geboten und verboten, und alſo unſerm Willkühr überlaſſen ſeyn, ſind res merae facultatis; z. B. lachen, ſitzen, gehen, ſein Brod, Bier u. d. nach Belieben bey dieſen oder jenen zu hohlen, ſeine Wohnung zu ändern; auch alle Handlungen, die aus dem Rechte des Eigenthums fließen, z. B. verkaufen, verſchenken, mit ſeiner Sache eine Veränderung vornehmen, Bauen auf ſeinem eigenen Grunde, ſein Vieh auf ſeine eigene Felder zur Weide zu führen, rechnet man ad actus merae facultatis. Dagegen will man alle Handlungen, die ſich auf ein Privilegium gründen, oder aus einem Vertrage herrühren, von dieſer Claſſe ganz ausſchlieſſen [98]). Ich muß frey bekennen, daß mich dieſe Theorie nicht befriediget. Ich ſtelle mir die Sache ſo vor; actus merae facultatis können aus einer dreyfachen Quelle herflieſſen; entweder aus der dem Menſchen angebohrnen natürlichen Freyheit, inſoweit ſie die Geſetze nicht eingeſchränkt haben. Dieſer Beyſatz iſt ſchlechterdings nothwendig, denn wer weiß

[97]) *L. 25. D. quib. mod. uſusfr. vel uſ. amitt. L. 1. D. de nundinis. L. 7. Cod. de petit. hereditat. L. 3. C. de praeſcript. XXX. vel XL. annor.*

[98]) S. RAVE a. a. O. ESTOR in angef. Opuſc. c. I. §. 7. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. I. Th. S. 39. u. folgg.

weiß z. B. nicht, wie mannigfaltig die Geſetze die Freyheit zu kaufen und zu verkaufen [99]), welche man doch ad res merae facultatis insgemein zu rechnen pflegt, modificirt haben? Ferner das Bauen in ſeinem eigenen Grund und Boden hält man für eine Sache des freyen Willkührs. Es iſt wahr, in vielen Fällen hat man recht. Ein jeder Eigenthümer iſt z. B. berechtiget, in ſeiner eigenen Wand ſo viel Fenſter anzubringen, als er will, wenn auch von undenklichen Zeiten her keine da geweſen wären. Der Nachbahr kann ihm das nicht verwehren. Dem Nachbahr iſt aber auch ſeiner Seits unbenommen, ſolche Fenſter zu verbauen, wenn auch gleich ſolche ſeit 100 und mehr Jahren da geweſen ſeyn ſollten [100]). Allein deswegen iſt doch das Bauen auf dem Seinigen nicht in jedem Fall Sache des freyen Willkührs. So haben z. B. die Römiſchen Geſetze das Höherbauen verſchiedentlich eingeſchränkt [1]); auch hängt es nicht immer von meinem Willen ab, ob ich mein baufälliges Gebäude will repariren laſſen, ſondern mein Nachbahr kann cautionem damni infecti von mir fordern, wenn er aus dem Einſturz meines Gebäudes Schaden befürchtet [2]).

99) S. Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth und Erbzins-Contract. (Leipzig, 1789.) I. Th. 1. Haupt. 2. Cap.

100) *L. 9.* und *10. D. de Servitut. praed. urbanor.* Siehe auch Schröters vermiſchte juriſt. Abhandlungen 2ter Band Seite 145.

1) S. *L. 1. §. 17. D. de novi oper. nunciat. L. 1. L. 12. §. 1. et 4. Cod. de aedific. privat.* WESTPHAL de libertate et ſervitut. praedior. Sect. II. c. I. §. 3.

2) *L. 6. L. 7. §. 1. et 2. D. de damno inf.* WESTPHAL a. a. O. §. 9. und 10.

Zweitens können actus merae facultatis auch aus den Geſetzen ſelbſt entſtehen, wenn dieſelben gewiſſe Rechte ertheilen, und ſie für impräſcriptibel erklären. Nach kanoniſchen Rechten gehört dahin das Recht der Kirchenviſitation, und die dazu nöthige Procurationen, d. i. Verpflegung der geiſtlichen Viſitatoren, oder ſtatt deren ein Aequivalent am Geld zu verlangen[3]); nach dem Weſtphäliſchen Frieden auch das Recht ſolcher Unterthanen, denen vermöge des Entſcheidjahrs von 1624. keine Religionsübung in einem Lande geſtattet iſt, in der Nachbahrſchaft dem öffentlichen Gottesdienſt, wo und ſo oft ſie wollen, beyzuwohnen, auch daſelbſt die nöthigen Miniſterialhandlungen von Geiſtlichen ihrer Religion verrichten zu laſſen[5]); ferner nach dem civil Recht das Recht ein Teſtament zu machen, u. d. m. Endlich drittens kann auch etwas, welches an ſich nicht res merae facultatis iſt, durch Verträge dazu gemacht werden. Ein Beiſpiel giebt das aus dem Wiederkaufsvertrag entſpringende Wiedereinlöſungsrecht; dies muß eigentlich, wenn nicht ein gewiſſer Zeitpunkt zum Eintrit der Wiederkaufsverbindlichkeit verabredet worden iſt, binnen 30 Jahren ausgeübt werden; wäre aber der Wiederkauf auf gar keine gewiſſe Zeit bedungen, ſondern dem Verkäufer die völlige Freiheit nachgelaſſen worden, die unter dem Vertragsgeſetz des Wiederkaufs verkaufte Sache zu aller Zeit, wenn's ihm einmahl, es ſey über kurz oder lang, gefallen möchte, wieder einzulöſen, ſo iſt alsdann die in ſolchen ganz allgemein abgefaßten Zeitausdrücken nachge-

[3]) *cap. 11.* und *16. X. de praeſcript. Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 255. und 259.

[4]) *Inſtr. Pac. Osnabr.* Art. 5. §. 34. *Ge. Lud.* BOEHMER a. a. O. §. 264.

nachgelaſſene Wiederkaufsausübungs-Befugnis nach der Natur der Sache und der Abſichtder Paciſcenten ohnſtreitig eine res merae facultatis [6]). Solche actus oder res merae facultatis, die von der Willkühr deſſen, dem ſie zuſtehen, lediglich in der Ausübung abhängen, ſind nun wenigſtens ſo lange, als ihnen das Gepräge der Willkührlichkeit nicht durch zerſtöhrende Gegenhandlungen deſſen, gegen den ſie zuſtehen, benommen wird, keiner Verjährung unterworfen, wovon zu ſeiner Zeit ad §. 1766 umſtändlicher zu handeln ſeyn wird.

§. 16.

Anwendung obiger Begriffe auf das Naturrecht und Eintheilung deſſelben in *Ius naturae abſolutum* und *hypotheticum*.

Auch das Naturrecht kann in ein Zwangs- und Permißivrecht eingetheilt werden. Jenes begreift diejenigen Rechte und Pflichten in ſich, deren Erfüllung erzwungen werden kann, und kann entweder ein gebietendes oder verbietendes ſeyn. Letzteres hingegen enthält Rechte und Pflichten, deren Ausübung meinem Willkühr überlaſſen iſt; bey welchem folglich kein

H 3 Zwang

[6]) Man vergleiche hierbey die leſenswürdige Abhandlung über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrag entſpringenden Wiedereinlöſungsrechts in dem neuen Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte herausgegeben von Günther und Otto auf das Jahr 1786. beſonders im 3ten St. S. 236. und folg. Eben dies hat auch Herr Profeſſor Klüber in ſeiner kleinen juriſtiſchen Bibliothek 3. Band 12. St. N. 143. S. 415. gegen Herm. Beker in den rechtlichen Gedanken über eine Stelle in dem Schaumburgiſchen Compendio iuris Digeſt. in Tit. de contrah. emt. vend. §. 20. Greifswald 1787. gründlich erinnert.

Zwang ſtatt findet. Derjenige Theil des Naturrechts, der die Iura et officia perfecta vorträgt, hat wiederum verſchiedene Eintheilungen, die ich hier nur blos erzählen will, ohne mich dabey aufzuhalten [7]). Wenn wir uns

[7]) Hierbey iſt nachzuſehen A. F. Reinhards Sammlung juriſtiſcher, philoſ. und kritiſcher Aufſätze 1. B. 3. St. N. 1. S. 148. woſelbſt die nicht gemeine, aber ſehr wichtige Anmerkung gemacht wird, daß man nicht meinen müſſe, als ob alle ſo genannte Iura perfecta immer wirkliche Befugniſſe ſeyen. Wir ſind verbunden, um der allgemeinen Sicherheit willen, vieles als ein Recht gelten zu laſſen, ohne darauf zu ſehen, ob derienige, der ſolches ausübt, wirklich dazu befugt ſey. Ein wahres Recht kann nach natürlichen Rechten nur dasienige ſeyn, was mit dem ganzen Umfang unſerer Pflichten übereinſtimmt. Streitet etwas nur mit irgend einer von unſern Pflichten, z. E. mit der Menſchenliebe; ſo iſt es kein wahres Recht mehr. Wahre Rechte nennt man innerliche Rechte (Iura interna). Was hingegen nur unter den Menſchen als ein Recht gelten muß, ſo daß es nicht darauf ankommt, ob derienige, der ſolches ausübt, ein innerliches Recht dazu habe, oder nicht, das begreifen wir unter dem Nahmen äuſſerlicher Rechte (Iura externa). So hat z. B. eine Obrigkeit, die ihre Rechte nicht nach der Vorſchrift des Gewiſſens ausübt, zu dem, was ſie thut, blos ein äuſſerliches Recht. Ein äuſſerliches Recht muß in der menſchlichen Geſellſchaft als ein wahres und wirkliches Recht angenommen werden. Wir ſind ſelbſt im Gewiſſen verbunden, die äuſſerlichen Rechte für gültig zu erkennen, niemanden im Gebrauch derſelben zu ſtören, und einem jeden dasienige zu leiſten, was er aus einem ſolchen Rechte von uns fordert. Das Wohl der menſchlichen Geſellſchaft erfordert dieſes nothwendig. Wir müſſen es einem jeden überlaſſen, ob er ſich ſeiner Rechte nach Vorſchrift des Gewiſſens bedient, oder nicht, ſo lang er das Ius perfectum anderer Menſchen nicht beleidigt. Denn wer ſollte hier entſcheiden?

uns die Rechte und vollkommenen Pflichten der Menſchen, welche das Ius naturae cogens in ſich begreift, vorſtellen, ſo folgen dieſelben entweder ſchon aus der menſchlichen Natur an ſich, ohne Vorausſetzung gewiſſer Handlungen, oder ſie ſetzen gewiſſe Handlungen voraus, welche den nächſten Grund jener Rechte und Verbindlichkeiten enthalten. Erſtere heiſſen abſolute, urſprüngliche, oder angebohrne Rechte und Verbindlichkeiten, und der Inbegrif derſelben macht das *Ius naturae abſolutum* aus; letztere aber werden hypothetiſche, und der Inbegrif derſelben *Ius naturae hypotheticum* genennt. Die Hypotheſe, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten der letztern Art determinirt werden, iſt entweder eine gemeinſchaftliche Verbindung, in welche Menſchen mit einander getreten; oder ein anderes Factum, welches die Menſchen nicht in gewiſſe Geſellſchaften verbindet, z. B. Vertrag oder Beleidigung. Jener Theil des hypothetiſchen Naturrechts heißt das **geſellſchaftliche Recht** (ius naturale hypotheticum ſociale). Der letztere Theil aber iſt das **auſſergeſellſchaftliche Naturrecht.** Beyde Theile des natürlichen Rechts haben wieder ihre verſchiedenen Eintheilungen, die ich aber aus dem **Höpfneriſchen** Naturrecht §. 35 u. 36. bey meinen Leſern als bekannt vorausſetzen kann.

§. 17.

Gültigkeit des Naturrechts im bürgerlichen Staate.

Es iſt wohl keine Frage weniger beſtritten, als die, ob das Naturrecht auch in der bürgerlichen Geſellſchaft gelte? Freylich wird zwar ein Jeder, auch bey geringen Maas von Scharfſinn, leicht begreiffen, daß ohnmöglich alles dasjenige, was in dem auſſergeſellſchaftlichen Zuſtande der Menſchen natürlichen

Rechtens iſt, es auch in der bürgerlichen Societät ſeyn müſſe; allein es iſt ja auch bekannt genug, daß man den ſogenannten natürlichen oder auſſergeſellſchaftlichen Zuſtand nicht mit dem natürlichen Rechte ſelbſt vermiſchen dürfe. Denken wir uns nun unter dem Naturrechte einen Inbegrif von Rechten und Verbindlichkeiten, die jeder Menſch, wenn er nur den Gebrauch ſeiner Vernunft hat, mit bloſem Verſtande als ſolche begreift, wir mögen nun den Grund aller natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten blos auf das Weſen des Menſchen zurückführen, oder mit andern den aus der bloſen Vernunft erkannten Willen des Schöpfers, als das wahre und einzige Fundament derſelben betrachten; ſo iſt unwiderſprechlich, daß Menſchen im Staat ſo gut verbunden ſind, die Geſetze der Natur zu befolgen, als auſſer dem Staat. Denn der Menſch wird Bürger eines Staats, ohne die Eigenſchaft des Menſchen abzulegen, und ohne aufzuhören, ein Geſchöpf desjenigen zu ſeyn, der ihm ſeinen Willen ins Herz geſchrieben hat. Wie könnte alſo wohl die auf den natürlichen Menſchen gepfropfte Eigenſchaft des Staatsbürgers eine ſolche Metamorphoſe in ihm hervorbringen, daß er nun der Vernunft und dem durch dieſelbe erkannten göttlichen Willen entgegen handeln ſolle [8]? Es iſt alſo auſſer allem Zweifel, daß eine jede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menſchen auſſer dem bürgerlichen Zuſtande obliegen, ferner ein jedes natürliches Recht, ſo demſelben im auſſergeſellſchaftlichen Zuſtande zuſtehen würde, auch an ſich und nach der Regel im bürgerlichen Zuſtande vorhanden und fortdaurend ſey; nur diejenigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menſchen

eine

[8]) S. von Juſti Natur und Weſen der Staaten mit Anmerkungen von H. G. Scheidemantel (Mietau 1771.) §. 150.

eine ſolche Aenderung der Umſtände hervorbringt, daß dabey jene natürliche Rechte und Verbindlichkeiten nicht beſtehen können [9]). Ein groſſer Theil des bürgerlichen Rechts iſt daher blos Wiederhohlung des natürlichen Rechts, und würde uns verbinden, wenn es auch weder im Röm. Rechte noch in irgend einem andern Geſezbuche wiederholet wäre. Z. B. daß der Käufer verbunden ſey, das Kaufgeld zur beſtimmten Zeit zu bezahlen, daß der Depoſitar die ihm anvertraueten Güther wieder abliefern, der Verwalter eines fremden Vermögens Rechnung ablegen, und, wenn er nicht wirthſchaftlich verfahren, den Schaden erſetzen, desgleichen daß der Schuldner das empfangene Darlehn bezahlen müſſe, ſind dieſes nicht lauter Verbindlichkeiten des natürlichen Rechts, wenn ſie auch im Römiſchen Recht ausdrücklich enthalten ſind? Es iſt alſo wohl richtig, was **Juſtinian** ſagt §. 4. *I. h. t.* collectum eſt ius noſtrum ex *naturalibus praeceptis*, aut *gentium*, aut civilibus.

§. 18.

Kann der bürgerliche Geſezgeber das Naturrecht in ſeinem Staate abändern, und in wieferne?

So unſtreitig iene Frage von der Gültigkeit des Naturrechts im bürgerlichen Staate war, ſo ſehr hat ſich man von jeher über die Frage geſtritten: ob und in wiefern das Naturrecht durch bürgerliche Geſetze eine Abänderung leiden könne [10])? Gemeinig-

[9]) S. Weber a. a. O. §. 59. Seite 187. und folgend.

[10]) Man vergleiche *Io.* CRAMER de immutabilitate et mutabilitate iuris naturae, gentium et civilis. Frf. 1669. *Io. Casp.* BRENDEL Diſſ. de immobilitate iuris naturae. Lipſ. 1689. *Henr.* COCCEII Diſſ. de immutabilitate iuris

meiniglich wird dieſe Frage mittelſt einer Diſtinction dahin beantwortet, daß der bürgerliche Geſezgeber die Vorſchriften des abſoluten Naturrechts in keinem Betrachte, wohl aber das hypothetiſche Naturrecht, in ſeinem Staate abändern könne. Allein neuere Rechtsgelehrte halten Aenderung des Naturrechts an ſich und im eigentlichen Verſtande für ein Unding, weil die Frage, was in dieſem oder jenem Falle natürlichen Rechtens ſey? nur allein aus Vernunftgründen durch unſern Verſtand ihre Beſtimmung erhalten; kein Regent aber, auch der unumſchränkteſte nicht, ſich über res intellectus eine Entſcheidung anmaſſen könne [11]. Wie aber, bringt es nicht gleichwohl die tägliche Erfahrung mit ſich, daß verſchiedene nach dem Naturrecht erlaubte Handlungen im Staat nicht erlaubt, verſchiedene nach dem Naturrecht unerlaubte Handlungen aber im Staate öffentlich als erlaubt geduldet werden? Z. B. die öffentlichen Bordelle. Wird alſo nicht ſolchergeſtalt das Naturrecht offenbahr durch poſitive Geſetze abgeändert? Nein, keinesweges, ſagen Leztere. Denn einmahl folge nicht, daß alles

ris naturae. Ultraj. 1690. in deſſelben *Exercitat.* T. I. N. 72. *Io. Ioch.* SCHOEPFER Diſſ. de iure civ. ius naturae determinante circa perſonas. Roſtoch. 1709. *Car. God.* WINCKLER de poteſtate legum civilium in ius naturae. Lipſ. 1713. *Casp. a* RHEDEN Diſſ. de immutabilitate iuris naturae. Bremae 1717. *God.* CROONENBERG de iuris naturae conſtantia et immutabilitate. Lugd. Batav. 1721. *Erh.* REUSCH Diſſ. de immutabili naturae lege. Helmſt. 1739. und Joh. Lor. Holderrieder von der Gewalt der Majeſtät über das Recht der Natur, in deſſelben hiſtor. Nachrichten von der Weiſſenfelſiſchen Aletophiliſchen Geſellſchaft. Leipzig 1750.

[11]) S. Weber a. a. O. 1. Abtheil. 3. Abſchn. §. 57. und 58.

alles dasjenige, was im natürlichen Zuſtande der Menſchen Rechtens iſt, es auch in der bürgerlichen Societät seyn müſſe; ſodann laſſe ſich auch unmöglich da eine Aenderung des Rechts behaupten, wo wegen veränderter Umſtände die Anwendung deſſelben wegfällt. Da nun die Mitglieder eines Staats die Direction ihrer Befugniſſe, worüber ſie ſelbſt diſponiren können, dem Regenten unterworfen haben; und folglich ſelbſt nach dem Naturrechte ſchuldig ſind, ſeinen Befehlen zu gehorchen, ſo ſey erſichtlich, daß wenn der Regent vermöge dieſer ihm übertragenen Direction z. B. gewiſſe an ſich betrachtet nicht unerlaubte oder ungültige Handlungen und Verträge verbietet, hieraus ſo wenig eine Aenderung des Naturrechts herzunehmen ſeye, daß vielmehr offenbahr ein anderes Naturgeſez zur Anwendung komme, dasjenige nehmlich, wonach jede an ſich erlaubte und rechtsverbindliche Handlung aufhört, erlaubt und rechtsverbindlich zu ſeyn, wenn derjenige, deſſen Willen wir gehorchen müſſen, ſie unſerer Willkühr entziehet. — Allein ſollte auf ſolche Art nicht alles wirklich poſitive Recht am Ende für natürliches Recht erkläret werden können? und wo bliebe denn nun der Unterſchied zwiſchen dem natürlichen und poſitiven Rechte? Es wird alſo wohl zulezt immer darauf ankommen, was ſich jeder von Aenderung eines Geſezes für einen Begrif macht, und alſo die ganze Sache auf einen Wortſtreit hinauslaufen. In folgenden Sätzen kommen jedoch die meiſten Rechtsgelehrte überein. **Erſtlich** daß kein Regent den Unterthanen ſolche Rechte entziehen könne, deren ſie ſich ſelbſt weder entäuſſern durften noch konnten, ohne allgemeine Geſetze der Moral zu verletzen. Z. B. das Recht der Gewiſſensfreyheit. Denn es iſt ein jezt faſt von allen Lehrern des allgemeinen Staatsrechts anerkannter Grundſaz: daß die Mitglieder eines Staats die Direction ihrer freyen Handlungen, ihrer

rer Rechte und deren Ausübung dem Regenten nur in ſofern übertragen haben, und übertragen können, als ſie ſelbſt darüber zu disponiren die Befugnis gehabt [12]). Hieraus folgt weiter, daß der Regent ſeinen Unterthanen nichts gebieten könne, wodurch ſie ſolchen Verbindlichkeiten entgegen handeln würden, welche die geſunde Vernunft ſo weſentlich erkennt, daß keine Verbindung der Menſchen unter ſich, keine willkührliche Entſagung davon diſpenſiren kann [13]). Alle Verträge, alle Geſetze und

Verord-

12) Ich kann nicht umhin, eine ſehr wichtige Stelle aus *I. H.* BOEHMER Diſſ. praelim. de iure circa libertatem conſcientiae, Tom. II. ſeines Iuris Eccl. Prot. §. XX. S. 18. zu excerpiren, welche ſo lautet: *Recta ratio oſtendit*, NIHIL PLUS *in principem* ESSE TRANSLATUM, *quam quod in ipſum transferri* POTUIT, *quodque ad finem reipublicae obtinendum in eum transferri* DEBUIT. *Non autem* POTUIT *in eum transferri*, IUS COGITATIONES *ſingulorum efformandi*, *et* DOCTRINAM *praeſcribendi*, *ſecundum quam conceptus animi ſui formare, et non aliter ſentire aut credere debeant de Deo, eius eſſentia, redemtione per Chriſtum, reſurrectione mortuorum, aliisque fidei articulis. Nullo modo homo ita mentis ſuae eſt arbiter, ut eam ſimpliciter alterius arbitrio ſubiicere, et quam ei Deus tribuit*, FACULTATEM RATIOCINANDI *abiicere queat. — Quid aliud eſt*, LIBERTATEM COGITANDI, CREDENDI, *in veritatem inquirendi, et ſecundum eam ſe emendandi, ſubditis denegare, quam eos ſocietati belluarum adiungere, qui ductu ductoris ſui ducuntur, quo velit?* etc. Man verbinde hiermit die ſehr gründlich geſchriebene Abhandlung des gelehrten Herrn Prof. Dr. Gottl. Hufelands über das Recht proteſtantiſcher Fürſten, unabänderliche Lehrvorſchriften feſtzuſetzen und über ſolchen zu halten. Jena 1788. 8. S. 8. und folgg.

13) S. Weber a. a. O. §. 58. S. 182.

Verordnungen dagegen wären ſchlechterdings ungültig [14]). Denn hier iſt offenbahr der Fall, wo jener göttliche Befehl eintrit: **Man muß Gott mehr gehorchen, als den Menſchen.** In ſofern aber **zweitens** die Ausübung ſolcher natürlicher Rechte, imgleichen die Art und Weiſe der Erfüllung ſolcher Verbindlichkeiten nicht alle Willkühr des Menſchen ausſchließt; in ſofern iſt auch der bürgerliche Geſezgeber allerdings befugt, um die Ordnung in ſeinem Staate aufrecht zu erhalten, den modum durch ſeine Vorſchrift zu beſtimmen, auch in dieſer Rückſicht manche Einſchränkungen zu machen. So iſt z. B. der Regent im Staate allerdings befugt, in Anſehung der Mittel, welche der Menſch zu ſeiner Erhaltung anwenden kann, mancherley Einſchränkungen zu machen. Er kann dieſe oder jene Handthierungen, Künſte und Gewerbe gewiſſen Perſohnen allein geſtatten, und andere davon ausſchlieſſen. Eben ſo verhält ſich's mit dem natürlichen Triebe zur Fortpflanzung unſers Geſchlechts. Der Regent kann eine gewiſſe Form der Ehe vorſchreiben; er kann ferner unter gewiſſen Perſohnen die Heirathen gar verbieten. **Drittens:** alle Rechte hingegen, welche dem Menſchen als Menſchen zwar zuſtehen, die aber das Vernunftrecht ſeinem Willkühr lediglich überläſſet, ſind auch der Diſpoſition des bürgerlichen Regenten dergeſtalt unterworfen, daß dieſer ſie gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ausſchlieſſen darf. So z. B. iſt die Occupation, mithin auch die Jagd im Stande der natürlichen Freyheit einem Jeden erlaubt; allein die Erfahrung

14) *L. 7. §. 16. D. de pactis* erkennt ſchon ſelbſt dieſes vor Recht: Generaliter, quotiens pactum a iure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, — — et ſi ſtipulatio ſit interpoſita de his, *pro quibus paciſci non licet, ſervanda non eſt*, ſed omnia reſcindenda.

rung lehrt, daß die Regenten ihren Unterthanen dieſe Freyheit nicht mehr ſchlechthin geſtatten, ſondern die Jagd und andere Arten der Occupation zu den Regalien gezogen haben. Eben ſo verhält ſich die Sache **viertens** in Anſehung derienigen Verbindlichkeiten, welche willkührliche, an ſich erlaubte Handlungen zum voraus ſetzen, weil der Regent ohne Zweifel befugt iſt, ſolche Handlungen durchaus zu verbieten, oder wenigſtens die gerichtliche Wirkung derſelben einzuſchränken. So z. B. wird niemand läugnen, daß eine Weibsperſohn, wenn ſie ſich für eines Andern Schuld verbürgt hat, nach dem Naturrecht zu bezahlen ſchuldig ſey. Allein die bürgerlichen Geſetze verbiethen die Bürgſchaften der Weibsleute für andere, und erklären ſie für ganz unkräftig. Hingegen die natürliche Verbindlichkeit eines Filiifamilias aus einem Gelddarlehn iſt nur der gerichtlichen Wirkung nach durch die Römiſchen Geſetze eingeſchränkt worden, ſie heben ſie aber doch nicht ganz auf. Nach dieſen Beſtimmungen wird ſich nun die vom **Hellfeld** in dieſem §. angeführte Stelle **Ulpians** leicht erklären laſſen, wenn er ſagt [15]): cum aliquid *addimus* vel *detrahimus iuri communi*, ius proprium, id eſt, *civile* efficimus. *Ius commune* heißt hier ſoviel als das natürliche Recht, wie aus den vorhergehenden Worten erhellet. Dieſes Naturrecht iſt, nach Ulpians richtiger Meinung, der Grund und die Hauptquelle des bürgerlichen Rechts. Denn lezteres entſtehet eben dadurch, wenn dem natürlichen Recht etwas hinzugefügt oder entzogen wird. Das erſtere, *cum aliquid additur*, läßt ſich auf verſchiedene Weiſe gedenken:

1) wenn durch verheiſſene Belohnungen, oder angedrohete Strafen, mehrere Bewegungsgründe zur Erfüllung

15) *L. 6. D. de Iuſt. et Iure.* Man vergleiche über dieſe Stelle *van der* MUELEN.

lung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden. Z. B. ſchon das Naturrecht verbietet, Sachen, die blos zur Aufſicht und Verwahrung eingegeben worden, zu veruntreuen, allein auſſer dem Erſaz des daraus entſtandenen Schadens weiß das Naturrecht von keiner Strafe. Die bürgerlichen Geſetze hingegen ſetzen die Strafe der Ehrloſigkeit, und in einem gewiſſen Fall noch die Strafe des doppelten Erſatzes darauf; und die peinlichen Rechte [16]) wollen ſogar ſolche Miſſethat einem Diebſtahl gleich beſtraft wiſſen. Auch

2) dadurch, daß denen Rechtsgeſchäften eine gewiſſe Form vorgeſchrieben wird, von deren Beobachtung die Gültigkeit derſelben abhangen ſolle; die Veräuſſerungen der Kirchengüter, desgleichen der liegenden Güter der Minderjährigen, auch die Schenkungen auf den Todesfall können hier zum Beiſpiel dienen.

Ferner

3) wenn Rechte und Verbindlichkeiten durch poſitive Geſetze eingeführt werden, welche das Naturrecht ignorirt. Man denke hierbey an Teſtamente, Uſucapion, Pollicitation u. d. m. Endlich gehört noch dahin,

4) wenn den ſogenannten natürlich unvollkommenen Pflichten durch bürgerliche Geſetze eine vollkommene verbindliche Kraft beygeleget wird. So verbinden mich zum Beiſpiel die bürgerlichen Geſetze in verſchiedenen Fällen bey Strafe der Theilnehmung, die vorhabende Verbrechen anderer zu verhindern, ſie der Obrigkeit zu entdecken, auch unterweilen begangene Miſſethaten öffentlich anzuzeigen [17]).

Das

[16]) Peinl. Gerichtsordn. Carl des V. Art. 170.

[17]) Die Erläuterung davon findet man beym Quiſtorp in den Grundſätzen des peinl. Rechts. I. Th. 2. Abſchn.

Das leztere, nehmlich *cum aliquid detrahitur iuri naturali*, geſchiehet vorzüglich auf zweyerley Art; nehmlich

1) wenn natürlich erlaubte Handlungen durch bürgerliche Geſetze allgemein, oder nur einer gewiſſe Klaſſe von Unterthanen verboten werden, wie z. B. denen Geiſtlichen und Soldaten die Treibung eines kaufmänniſchen Gewerbes ihres Standes und Berufs wegen unterſagt iſt[18]).

2) wenn einigen natürlichen Zwangspflichten die gerichtliche Wirkung ganz oder zum Theil genommen wird. Man erinnere ſich hierbey an die oben ſchon gegebne Beiſpiele. Ich bemerke nur noch zum Beſchluß, daß wenn Handlungen, die an ſich unerlaubt ſind, im Staat geduldet werden, ſodann ſo wenig die Abſicht der bürgerlichen Geſezgeber ſey, als es in ihrem Vermögen ſtehe, ſolche Laſter dadurch ſelbſt erlaubt zu machen, ſondern ſie dulden dieſelben, um aus mehrern Uebeln das kleinſte zu erwählen. Es läſſet ſich alſo wohl mit Grunde nicht behaupten, daß durch ſolche Connivenz dem natürlichen Rechte zu nahe geſchehe [19]).

§. 19. und 20.

Ueber die Bekanntmachung der poſitiven Geſetze und deren Wirkungen.

Von dem natürlichen Recht kommt unſer Autor nun auf das **poſitive**, worunter man den Inbegrif ſolcher

Abſchn. 3. Cap. § 61. und 62. *I. H.* BOEHMER in Diſſ. de obligatione ad revelandum occulta. T. VI. *Exercit. ad Pandect.* PÜTTMANN in Diſſ. de crimine conniventiae. FUNCKLER de crimine omiſſionis. u. a. m.

18) *cap. 6. X. Ne clerici vel monachi ſecular. negot. ſe immiſceant. Nov.123. c.6. L.1. Cod. Negotiatores ne militent.*

19) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Sp. 588. med. 20.

cher Geſetze verſtehet, welche in dem erklärten Willen des Geſetzgebers ihren Grund haben. Sollen nun poſitive Geſetze verbindlich ſeyn, ſo müſſen ſie denenjenigen, welche denſelben gemäß handeln ſollen, gehörig bekannt gemacht werden, es geſchehe nun ſolches durch Worte, oder durch Handlungen, woraus die Unterthanen den Willen des Oberherrn ſchlieſſen können [20]). Von dieſer Willenserklärung des Geſezgebers hängt alſo die Gültigkeit poſitiver Geſetze lediglich ab, und ſo lang dieſe nicht auf die gehörige Art geſchehen, verbinden ſolche Geſetze die Unterthanen nicht, auch diejenigen nicht, welche ſchon einige Wiſſenſchaft davon gehabt haben ſollten [21]). Es läſſet ſich alſo auch keine Beſtrafung wegen einer Uebertretung derſelben, ohne ungerecht zu handeln, gedenken. Unter der Bekanntmachung eines Geſetzes (Promulgatio legis) verſtehet man aber eigentlich diejenige Handlung, dadurch der Geſezgeber ſeinen Unterthanen ſeinen Willen ausdrücklich zu erkennen giebt, den ſie als Geſez beobachten ſollen [22]). Sie kann entweder ſchriftlich oder mündlich geſchehen. Giebt der Geſezgeber durch Handlungen ſeinen Willen zu erkennen, indem er eine zur Gewohnheit gewordene Handlungsart ſeiner Unterthanen ſtillſchweigend billiget, ſo wol-

20) *L. 9. Cod. de Legib.*

21) VOET. in Commentar. ad Pandect. Tit. *de Legibus* §. 10. und *Bern. Aug.* GAERTNER in Meditat. pract. ſec. ord. Pandectar. Spec. I. (Marb. 1785. 8.) Med. 8. S. 21.

22) Man vergleiche die Schrift über die Bekanntmachung der Geſetze. Freiburg im Breisgau 1783. 8. und eine andere Schrift eben dieſes Inhalts im Magazin gemeinintereß. Lektüre III. Quart. 1785. 8. S. 415 - 425.

wollen zwar auch einige dieſes promulgationem legis nennen, allein es geſchiehet abuſive. Geſetze, die ausdrücklich vom Geſezgeber promulgiret worden ſind, werden geſchriebene Geſetze in juriſtiſchem Verſtande genennt, und dem Gewohnheitsrechte entgegengeſezt, wovon im 3ten Titul ein mehreres vorkommen wird.

(§. 20.) In der Lehre von der Bekanntmachung der Geſetze kommt es nun hauptſächlich auf zwey Fragen an: **Erſtens**, wie muß die Bekanntmachung eines Geſetzes geſchehen, wenn ſie von rechtlicher Wirkung ſeyn ſoll? und **zweitens**: was hat ſie für Wirkungen? In Betreff der erſtern Frage verſtehet ſich zwar von ſelbſten, daß die Promulgation eines Geſetzes auf eine ſolche Art geſchehen müſſe, dadurch alle diejenigen Wiſſenſchaft von dem Geſez erlangen können, welche ſich darnach richten ſollen; allein die Frage iſt, was dazu gehöre, um ſolches zu bewerkſtelligen? Dieſe Frage iſt beſonders in Anſehung peinlicher Geſetze von gröſter Wichtigkeit, indem der Mangel hinreichender Wiſſenſchaft derſelben nothwendig die Wirkſamkeit der Strafen hindern muß. So gewiß es nun übrigens iſt, daß zur Bekanntmachung eines Geſetzes, wenn ſie auf die gehörige Art geſchehen ſoll, dreyerley erfordert werde, nehmlich:

1) daß ſie an einem öffentlichen und dazu ſchicklichen Orte geſchehe,

2) zu einer ſchicklichen Zeit, und

3) in einer Sprache, die die Unterthanen verſtehen;

ſo lehrt doch die tägliche Erfahrung, wie wenig insgemein durch die gewöhnliche Bekanntmachung der gewünſchte Entzweck, beſonders in Anſehung der Straf-

geſetze bey dem Volk erreicht werde. Es iſt wahr, man verfaßt ſie in der Mutterſprache, ſchlägt ſie an öffentlichen Orten an, verkauft ſie gedruckt, rückt ſie in Zeitſchriften ein, und läſſet ſie auch wohl von Zeit zu Zeit von denen Canzeln verleſen; und doch trift noch immer ein, worüber ſchon Cyprian [23]) zu ſeinen Zeiten klagte: Inciſae ſint licet Leges, et publico aere praefixo iura perſcripta, inter leges tamen ipſas delinquitur, inter iura peccatur. Die Urſachen ſind leicht zu errathen. Viele unter dem Volke können nicht leſen; die Geſetze, wenn ſie zumahl nur geſchrieben, nicht gedruckt ſind, bleiben ihnen daher, aller Bekanntmachung ohngeachtet, unbekannt. Wenige pflegen überdies öffentlich angeſchlagene Schriften zu leſen, und ſolche Anſchläge werden überhaupt bald durch Muthwillen oder Witterung vernichtet. Die Zeitſchriften gelangen ſelten zu den niedern Volksclaſſen und werden von vielen nur flüchtig durchblättert oder doch nicht ſorgfältig aufbewahrt. Auch ſcheut der gemeine Mann den Verkaufspreis gedruckter Geſetze. Die Verleſung derſelben in den Kirchen hat eben ſo wenig vollkommen diejenige Wirkung, welche man ſich davon verſpricht. Das Volk giebt entweder wenig Achtung darauf, oder verläßt unterdeſſen die, vielleicht ohnehin diesmahl nicht zahlreiche Verſammlung, denn meiſt geſchiehet die Verleſung erſt nach der Predigt; und insgemein lieſet der Prediger die Verordnung unverſtändlich und mit möglichſter Geſchwindigkeit vor. Endlich ſind auch wenige mit der iuriſtiſchen Schreibart bekannt genug, um den Inhalt der Geſetze, beſonders der Strafgeſetze, mit allen ihren Abtheilungen, Diſtinctionen und Ausnahmen gehörig zu faſſen. Zwar ſolte ſich jeder rechtſchaffene Unterthan um die Geſetze

[23]) Lib. II. *ad Donatum de gratia Dei* Ep. 2.

Staats von ſelbſt erkundigen, in welchem er lebt, ſollte ſchon aus Gründen des öffentlichen und privat Wohls, nicht aus Furcht vor der Strafe, die Geſetze des Staats beobachten; allein daraus folgt nur ſo viel, daß eben keine Ungerechtigkeit begangen wird, wenn man jemand nach Geſetzen richtet, von denen er durch eigene Schuld nicht gehörige Wiſſenſchaft gehabt hat. Unterdeſſen bleibt doch immer jene, wenn gleich verſchuldete, Unkunde der Geſetze die Haupturſache, daß oft ſo ſchwere Verbrechen dennoch begangen werden, die doch durch dieſe Geſetze verhütet werden ſollen; und auch das gerechteſte Geſez bleibt zu völliger Erreichung ſeines Entzwecks unwürkſam. Wieviel liegt alſo nicht an einer ſorgfältigern Bekanntmachung der Geſetze? Allein wie ſoll man genauere und allgemeinere Kenntniß derſelben, und zwar der Strafgeſetze, von denen ich hier vorzüglich rede, verbreiten? Hierüber ſind ſchon mancherley Vorſchläge gethan worden, auf welche mich aber hier einzulaſſen, wider meinen Plan iſt. Man erlaube mir jedoch, von den treflichen Bemerkungen, die ich über dieſen Gegenſtand in der neueſten Schrift eines berühmten Rechtsgelehrten [24]) geleſen habe, hier Gebrauch zu machen. Dieſer ſagt, man ſolle ſich in der Schreibart ſolcher Strafgeſetze mehr nach der Faſſungskraft der niedern Volksclaſſen und der Nichtiuriſten richten. Dazu möchte vorzüglich dienen, wenn man von jedem Strafgeſez unter öffentlicher Auctorität einen zweckmäſigen Auszug für das Volk machte, mit Vermeidung alles Kunſtmäſigen, und aller feinern Unterſcheidungen, welche bey den Graden der Moralität, und bey der Imputation ſtatt finden u. ſ. w. Man verfertige zu dem Ende

[24]) D. *Aug. Frid.* SCHOTT Diſſ. de ignorantia populi circa poenas, earum vim impediente. Lipſiae 1788.

Ende einen Volkscodex oder Strafcatechismus aus allen und jeden noch geltenden Strafgeſetzen, ſo kurz und ſo wohlfeil als möglich; und ſuche dieſen auf jede ſchickliche Art unter dem Volk zu verbreiten. Das leztere geſchiehet: a) wenn man ſolchen bey gottesdienſtlichen Verſammlungen, an beſtimmten Tagen, jährlich zwey, drey, auch wohl viermal, unter Ahndung des willkührlichen Auſſenbleibens der Pfarrkinder, nicht nach der Predigt, ſondern vorher, mit zweckmäſiger Einleitung, und am Schluſſe der Handlung beigefügter ernſtlichen Vermahnung, laut, langſam, und vernehmlich verleſen läſſet; b) wenn man ſolchen einrückt oder beyfügt denjenigen Schriften, welche in die Hände aller Unterthanen, ohne Unterſchied des Geſchlechts, Standes oder Alters kommen, z. B. den Kalendern; c) wenn man denſelben in die für die Volksſchulen beſtimmte Lehrbücher aufnimmt, und in jenen fleißig darnach unterrichten läſſet; d) endlich wenn man die Anſchaffung dieſes wohlfeilen Büchleins, nach der neueſten Ausgabe, jedem Hausvater bey Strafe befiehlt. Eben ſo halte man es auch mit denen von Zeit zu Zeit erſcheinenden neuen Geſetzen, die man bey der nächſten Auflage in den Volkscodex aufnehmen, und unterdeſſen in die Zeitungen, wöchentliche Anzeigen, und ſolche Schriften einrücken muß, welche allgemein geleſen werden. Ein Hauptumſtand, das Andenken derſelben beym Volk bleibend und lebhaft zu erhalten, iſt auch die öffentliche, mit einiger, Aufſehen erregender, Zubereitung verknüpfte Vollziehung verwirkter merkwürdiger Strafen, und deren öffentliche Bekanntmachung, wovon in der vorhin gedachten Schrift ebenfalls ſehr practiſche Regeln an die Hand gegeben werden.

Wir kommen nun zweitens auf die Wirkungen einer auf die gehörige Art geſchehenen Promulgation; dieſe beſtehen darinn:

1) Daß das Geſez in der Regel gleich von dem Augenblick die Unterthanen verbindet, als es ihnen bekannt gemacht worden iſt. Es ſind zwar verſchiedene Rechtsgelehrten [25]) der Meinung, daß ein neues Geſez erſt nach Ablauf zweier Monathe ſeine Gültigkeit erlange, und Stryk [26]) hat nicht nur bemerkt, daß in foro dieſe Regel überall beobachtet werde, ſondern es fehlt auch nicht an Beiſpielen, daß, beſonders in peinlichen Fällen, wirklich darnach geſprochen worden iſt [27]). Allein demohngeachtet iſt doch jene Meinung völlig irrig, und daher mit Grund von andern Rechtsgelehrten verworfen worden [28]). Denn die *Nov. 66. c. 1.* enthält keine allgemeine Regel, ſondern ſchränkt ſich lediglich auf diejenigen Verordnungen Juſtinians ein, welche die Teſtamente betreffen; und ſelbſt in Anſehung dieſer ſoll es bey der Regel bleiben, wie die Anfangsworte des 1ſten Capitels deutlich beweiſen: *Sancimus, ut ex illo tempore conſtitutiones noſtrae de teſtamentis valeant,*

[25]) S. LAUTERBACH in Colleg. Theor. pr. Pand. T. I. Lib. I. Tit. 3. §. 20. *I. H.* BOEHMER in doctr. Digeſtor. Lib. I. Tit. 3. §. 12. n. δ.

[26]) in Uſu Mod. Pandect. tit.. *de LL.* §. 15.

[27]) S. *de* WERNHER T. I. P. IV. Obſ. 201. *in Supplem. nov.*

[28]) LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. VII. med. 8. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum Vol. I. Obſ. 33. GAERTNER Meditat. pract. med. 11. WESTENBERG in Digeſtis tit. *de LL.* §. 12. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 86. *u. a. m.*

leant, ex quo in commune manifeſtae factae ſunt. Juſtinian will nur, daß ſich nach zwey Monathen niemand weiter mit der Unwiſſenheit entſchuldigen ſolle. (Ita enim nemo plane excuſationem habebit, quare legem noſtram non obſervet). Doch leidet unſere Regel alsdann ohnſtreitig eine Ausnahme, wenn der Geſezgeber bey der Bekanntmachung eines Geſetzes eine gewiſſe Zeit beſtimmt hat (vacatio), nach deren Verlauf erſt daſſelbe verbindliche Kraft erlangen ſolle, wovon uns Lex Iulia et Papia Poppaea[29]), desgleichen Nov. 58. Nov. 116. Cap. 32. de praebendis in 6to, andere zu geſchweigen, genug Beiſpiele liefern.

2) Eine andere Wirkung iſt, daß die Gültigkeit eines gehörig promulgirten Geſetzes ſo lang vermuthet werde, bis das Gegentheil erwieſen[30]); nach der bekannten Regel: quod lex ſemper loqui praeſumatur[31]).

3) Eine dritte Wirkung iſt, daß die vorgeſchüzte Unwiſſenheit eines Geſetzes nicht vermuthet wird, wenn deſſelben Bekanntmachung auſſer allen Zweifel iſt. Es iſt iedoch, in ſofern etwa von particulären Landesgeſetzen oder Statuten die Rede ſeyn ſolte, noch ein Unterſchied zu machen, ob eigentliche Unterthanen, oder ob Fremde, die ſich nur ihrer Geſchäfte wegen in einem Lande oder in einer Stadt aufhalten, aus Unwiſſenheit dagegen gehandelt haben Im erſten Fall verdient die zur Entſchuldigung angezogene

29) HEINECCIUS in Commentar. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. I. c. 3. pag. 48.

30) *L. 22. D. de probat.*

31) *Io. Tob.* RICHTER Progr. de eo, an lex ſemper loqui praeſumatur. Lipſ. 1747.

gene Unwiſſenheit weder Glauben noch Aufmerkſamkeit [32]). Dieſe Regel iſt hier allgemein, und ſelbſt die Perſohnen, denen ſonſt die Geſetze in Anſehung der Unwiſſenheit des bürgerlichen Rechts einige Nachſicht bewilligen, z. B. Frauenzimmer, Soldaten u. d. können nicht davon ausgenommen werden [33]). Inzwiſchen iſt jedoch hierbey alles richterliche Ermeſſen nicht auszuſchlieſſen, ſondern es kann unterweilen die vorgeſchüzte Unwiſſenheit allerdings ſodann zu einer Entſchuldigung gereichen, und, wenn inſonderheit von Strafgeſetzen die Rede iſt, eine Milderung der Strafe bewirken, wenn ſie durch wahrſcheinliche Gründe beſtärkt und unterſtüzt werden kann. Dahin gehört, wenn der Verbrecher zu der Zeit, da das Geſez publicirt worden, vielleicht lange Zeit abweſend geweſen ſeyn ſolte; oder erſt neulich das Bürgerrecht an einem Orte erhalten habe; oder Beiſpiele vorhanden ſeyn möchten, daß die Strenge des Geſetzes nicht angewendet worden; oder wenn überhaupt der Inhalt des Geſetzes von dergleichen Art von Leuten, als der Uebertreter deſſelben iſt, nicht leicht hat gefaßt werden können, z. B. wenn der Menſch von Natur ſtupide iſt. Was nun im Gegentheil die Fremden anbelangt, ſo vermuthet man zwar nach der Regel, daß ſie die Geſetze des Orts, wo ſie ſich

[32]) Und zwar theils ob *L. 12. C. de iur. et fact. ignorant.* theils ob ſupinam, qua id ius facile cognoſcere potuerunt, ignorantiam, wie de BOEHMER *ad Carpzovium* P. III. Qu. 149. Obſ. 4. S. 150. ſagt. Siehe auch LEYSER Sp. 289. *medit. 6.*

[33]) Man vergleiche hier des H. Prof. Webers Abh. über die Proceskoſten, deren Vergütung und Compenſation. §. 8. und GAERTNER in meditat. practicis ad Pandect. meditat. 10.

ſich nur erſt ſeit kurzer Zeit aufhalten, wenn ſie dagegen gehandelt, nicht gekannt haben. Inzwiſchen verdient der von einem Fremden angeführte Irrthum der Landes- und Stadtgeſetze ſodann in keinen Betracht gezogen zu werden, wenn etwa der beſondere Zuſtand des Fremden, oder auch das Gewerbe, welches er trieb, ihn ſchon an ſich verpflichteten, ſich eine Kenntnis der Landes- oder Stadtgeſetze zu erwerben [34]). Ich werde davon an einem andern Ort umſtändlicher handeln. Alles, was ich inzwiſchen hier ſchon geſagt habe, ſezt den Fall zum voraus, daß die geſchehene Bekanntmachung eines Geſetzes an ſich keinem Zweifel unterworfen ſey. Wie nun aber, wenn dieſe ſelbſt von einem Unterthan geläugnet würde, und alſo die Publication des Geſetzes ſelbſt noch ſtreitig wäre, ob ſie nehmlich gehöriger Art geſchehen ſey oder nicht? Wem würde in einem ſolchen Fall wohl die Laſt des Beweiſes obliegen? Die Frage iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Leyſer [35]) behauptet, daß derjenige, welcher ein vorhandenes Geſez für ſich anführt, deſſelben Publication zu erweiſen nicht nöthig habe, ſondern dieſe vermuthet werde. Allein dieſe Meinung hat wenig Beifall gefunden, und Leyſer ſelbſt hat ſie in der Folge geändert und mehr eingeſchränkt [36]). Die meiſten Rechtsgelehrten nehmen die Regel an, daß die Bekanntmachung eines Geſetzes von demjenigen, der ſich darauf gründet, bewieſen werden müſ-

34) Quiſtorp in den Grundſätzen des peinlichen Rechts 1. Th. 2. Abſchn. 2. Cap. §. 48.

35) Meditat. ad Pand. Spec. VII. m. 1.

36) *Vol. XII. Suppl. 1.* Spec. 7. med. 16.

müſſe, wenn ſie vom Gegner geläugnet wird[37]. Es verſtehet ſich, daß hier blos von Landesgeſetzen die Rede ſey. Denn wer ſich auf das gemeine in Teutſchland recipirte Recht beruft, hat ohnehin fundatam intentionem für ſich. Ob nun gleich die andere Meinung allerdings für gegründeter zu halten iſt, ſo darf doch der Unterſchied zwiſchen alten und neuen Landesgeſetzen nicht aus der Acht gelaſſen werden, indem, wenn von einem alten Geſez die Rede iſt, welches bisher von den Unterthanen immer beobachtet worden, die geſchehene Publication deſſelben in einem ſolchen Fall allerdings zu vermuthen ſtehet, mithin derjenige, welcher ſich darauf beruft, mit keinem Beweiß beſchweret werden kann. Dahingegen ſich die Sache bey neuen Geſetzen, deren Anwendung ſelbſt noch ſtreitig iſt, ganz anders verhält, bey ſolchen kann die geſchehen ſeyn ſollende Bekanntmachung, wenn ſie von dem Gegner geläugnet wird, darum nicht vermuthet werden, weil ſie etwas factiſches iſt, alles dasjenige aber, was facti iſt, im Läugnungsfall und der Regel nach erwieſen werden muß. Und dieſer Beweiß wird auch dann noch nöthig ſeyn, wenn gleich daſſelbe Geſez, wovon die Frage iſt, bereits gedruckt ſeyn ſolte, indem die Erfahrung lehrt, daß manchmahl Geſetze, wenn ſie gleich ſchon gedruckt ſind, dennoch hernach entweder gar nicht, oder wenigſtens etliche Jahre nachher erſt publiciret werden[38].

End-

[37]) HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Spec. VIII. med. 1. 2. 3. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. I. Th. S. 55. u. folg.

[38]) Ein ſchönes Beiſpiel findet man in des Herrn Direct. GAERTNER Meditat. pract. ad Pandect. Spec. I. med. 9.

Endlich 4) gehört auch zu denen Wirkungen der Bekanntmachung eines Geſetzes, daß die Unwiſſenheit der Geſetze Keinem zu ſtatten kommt, der vermöge derſelben einen Vortheil hätte erlangen können, wenn er ſolchen aus rechtlicher Unwiſſenheit einmahl aus den Händen gelaſſen hat. *L. 7. D. de iuris et facti ignor.* druckt dieſes ſo aus: Iuris ignorantia non prodeſt *adquirere volentibus*; und *L. 9.* §. 5. *eodem.* erläutert dieſen Saz durch ſehr treffende Beiſpiele: wann ein Erbe, welcher über die im Falcidiſchen Geſez vorgeſchriebene Maaſe mit Vermächtniſſen beſchweret worden, ſolche vollſtändig und ohne Abzug ausgezahlt hätte, weil ihm das Geſez des Falcidius nicht bekannt war; oder ein Erbe, der mit einem fideicommiſſo univerſali oneriret worden, die Erbſchaft ganz reſtituirt hätte, ohne die Trebellianiſche Quarte inne zu behalten, weil er von dieſer rechtlichen Wohlthat nichts wuſte; ſo kann keiner von beyden etwas wieder zurückfordern. Der Fehler liegt hier blos in rechtlicher Unwiſſenheit, welche nach *L. 8.* und 9. *D. eodem* in compendiis, d. i. wenn vom Erwerb eines erlaubten Gewinnes die Rede iſt, auch ſogar ſolchen Perſohnen ſchaden ſoll, denen ſonſt die Geſetze die Unwiſſenheit bürgerlicher Rechte verzeihen.

§. 21.

In wieferne können poſitive Geſetze auf vergangene Handlungen gezogen werden?

Da ein poſitives Geſez vor der Bekanntmachung keine verbindliche Kraft hat, ſo folgt, daß Geſetze dieſer Art eigentlich nur zukünftigen, nicht aber vergan-

genen Handlungen zur Regel dienen [39]). Es kann daher eigentlich kein poſitives Geſez auf ſchon vergangene Handlungen, die bereits vor der Bekanntmachung deſſelben geſchehen ſind, und ihre Vollkommenheit erhalten haben, angewendet werden. Weil niemanden ſein ius quaeſitum, was er rechtmäſiger weiſe erworben hat, genommen werden darf. Man ſetze z. B. den Fall, daß in einem gewiſſen Lande das neue Geſez gegeben würde, daß keine Verpfändungen liegender Grundſtücke ohne gerichtliche Ingroſſation der Hypothec gültig seyn ſolten; ein Bürger aber ſich kurz zuvor von ſeinem Schuldner eine Hypothec, jedoch ohne gerichtliche Confirmation, habe conſtituiren laſſen. Iſt nun bey künftig entſtandenem Concurs dieſe Hypothec nach dem neuen Geſez zu beurtheilen, folglich der Gläubiger nicht anders, als wenn er gar keine Hypothec hätte, unter die Chirographarios zu lociren? Nein, dies wäre offenbahr unbillig. Der Creditor bekommt ſeinen Plaz unter denen Hypothecariis, den ihm das vormahlige Recht anweißt. So einleuchtend nun dieſes zu ſeyn ſcheint, ſo ſchwer iſt es oft, in Anwendung jener Regel, zu beſtimmen, ob und in wiefern eine gewiſſe Handlung für vergangen, oder für noch zukünftig zu halten ſey. Denn oft iſt ein rechtliches Geſchäft vor der Bekanntmachung des neuen Geſetzes völlig abgeſchloſſen, und ſeinem Weſen nach vollkommen; allein es iſt noch nicht vollzogen, ſondern die Conſummation hängt noch von einer künftigen Handlung ab. Wenn nun unterdeſſen Lex nova darzukommt, die dergleichen Handel verbietet, iſt das neue Geſez auf dieſen Fall anzuwenden?

39) *L. 7. C. de Legib.* Leges et conſtitutiones *futuris* certum eſt dare formam negotiis, *non ad facta praeterita revocari:* niſi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum ſit.

den? z. B. es iſt ein Kauf geſchloſſen, die Contrahenten waren über Waare und Kaufpreis ſchon vollkommen einig, allein noch vor der Uebergabe oder Bezahlung des Kaufgeldes verbiethet ein neues Geſez dieſe Art des Kaufs. Iſt nun der ganze Handel für ungültig zu halten? Ich zweifle ſehr. Man merke ſich die Regel, welche Nicol. Chriſtoph Lynker [40]) und Tobias Jacob Reinharth [41]) geben: Quaecunque negotia iam ante legem novam latam quoad *eſſentiam ſuam* fuerunt perfecta, licet *conſummationem* ſuam ſuosque effectus *ab actu* demum poſt legem novam futuro, eoque *non extenſivo*, adhuc expectent, ea ad *praeterita* omnino referenda ſunt, adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam veró ex nova lege lata diiudicanda, modo non integrum ſit, negotium iuxta novae legis placita emendandi et perficiendi. Ich habe hier noch eins und das andere zu mehrerer Erläuterung dieſer Regel hinzuzufügen. Erſtlich: Geſchäfte, welche ab actu extenſivo, d. i. von einer ſolchen künftigen Handlung, die nicht auf einmahl, ſondern öfters geſchehen muß, ihre Erfüllung oder Wirkung erhalten, können nicht ſchlechterdings ad negotia praeterita gerechnet werden, ſondern ſie gehören in gewiſſer Rückſicht zu den vergangenen, in anderer Beziehung aber ſind ſie zu den zukünftigen zu rechnen. Z. B. wenn ich mir in einem Fall, wo es nach dem bisherigen Recht erlaubt geweſen, von meinem Schuldner mehr als gewöhnliche Zinſen habe verſprechen laſſen, und nun ein neues Geſez gegeben würde, daß dem Gläubiger in einem ſolchen Fall auch nur gewöhnliche Zinſen zu nehmen

40) in Diſſ. de vi legis in praeteritum occaſ. L. 7. Cod. de LL. Ien. 1681. rec. 1751. Th. 5.

41) in Select. Obſervat. ad Chriſtinaeum Vol. I. Obſ. 49. n. 5.

men erlaubt ſeyn ſolte, ſo iſt dieſes Geſchäft zwar in Anſehung der vor dem neuen Geſez ſchon gezahlten, oder doch wenigſtens ſchon verfallenen Zinſen pro praeterito zu halten, und auf dieſe das neue Geſez nicht zu ziehen; allein in Anſehung der künftig noch zu zahlenden Zinſen gehört das Geſchäft ad negotia futura, denn die Zinszahlung, weil ſie mehrere Jahre hindurch geſchiehet, iſt ein actus extenſivus, folglich werde ich für die Zukunft nicht mehr Zinſen fordern dürfen, als das neue Geſez erlaubt [42]). Zweitens: Soll ein Rechtsgeſchäft, deſſen Wirkung noch *ab actu* poſt novam legem futuro, eoque *non extenſivo* abhängt, für ein vergangenes dergeſtalt gehalten werden, daß das neue Geſez darauf nicht anzuwenden iſt, ſo muß es nicht mehr möglich ſeyn, das in Frag ſtehende Geſchäft nach der Vorſchrift des neuen Geſetzes abzuändern, ohne dem erworbenen Rechte eines andern zu nahe zu treten. Z. B. Ein Nobilis hat mir in ſeinem Teſtament ein Guth vermacht, nach ſeinem Tode, ehe noch der inſtituirte Erbe die Erbſchaft angetreten, wird ein neues Geſez publicirt, daß dergleichen Güther, als mir eins vermacht iſt, nicht in bürgerliche Hände kommen ſollen. Es frägt ſich nun, ob das neue Geſez auf dieſen Fall zu ziehen ſey? ich glaube nicht, denn durch den Tod des Teſtirers, der noch ante legem novam erfolgt war, hatte der lezte Wille deſſelben ſeine Vollkommenheit, und ich ein Recht auf das legirte Guth erhalten; das Geſchäft iſt alſo allerdings zu den vergangenen Hand-

[42]) Juſtinian beſtättigt dieſes ſelbſt in *L. 27. Cod. de uſuris:* Iubemus, etiam eos, qui *ante eandem ſanctionem* ampliores, quam ſtatutae ſunt, uſuras ſtipulati ſunt, ad modum eadem ſanctione taxatum *ex tempore lationis eius* ſuas moderari actiones: ſcilicet *illius temporis, quod ante eam defluxit Legem.*

Handlungen zu rechnen, denn nur mein Forderungs-recht allein hängt noch von der Antretung des Erben ab; und dieſes ius quaeſitum kann mir durch das neue Geſez nicht entzogen werden. Wäre im Gegentheil das neue Geſez noch vor dem Tode des Teſtirers gegeben worden, ſo würde es hier allerdings ſeine Anwendung finden [43]). Drittens: wenn ein gewiſſes Rechtsge-ſchäft unter einer Bedingung iſt geſchloſſen worden, und dieſe erſt nach Bekanntmachung des neuen Geſetzes exi-ſtirt, ſo entſteht die Frage, ob ein ſolches negotium pro praeterito zu halten ſey? Dem erſtern Anſchein nach möchte man beynahe dieſe Frage verneinen, weil ein Geſchäft, deſſen conditio noch zur Zeit pendens iſt, pro imperfecto gehalten wird [44]). Aber dennoch iſt die bejahende Meinung richtiger, weil bekannt, daß die Bedingung, wenn ſie erfüllet wird, ad initium actus zurückgezogen, und vermöge einer rechtlichen Fiction es eben ſo angeſehen wird, als wenn das Ge-ſchäft gleich anfangs unbedingt geſchloſſen worden wä-re [45]). Aus dieſem Grunde kann alſo lex nova auf die, noch vor dem neuen Geſez abgeſchloſſene, wenn gleich bedingte, Rechtsgeſchäfte, nicht angewendet wer-den.

Die Regel, daß poſitive Geſetze nicht auf vorher-gegangene Handlungen zu ziehen ſind, gehet übrigens auch auf Strafgeſetze. Man hat daher bey Be-ſtimmung der Strafe eines begangenen Verbrechens darauf zu ſehen, was zu der Zeit, da das Verbrechen begangen wurde, für eine Strafe in den Geſetzen be-ſtimmt geweſen, denn nur dieſe hat der Miſſethäter eigent-

43) REINHARTH a. a. O. n. 7. 8. S. 125.

44) *L. 213. D. de Verb. Signif.*

45) *L. 78. D. de Verb. Obligat.*

eigentlich verwirkt, nicht aber diejenige, ſo erſt nachher durch ein neueres Geſez, wenn auch noch vor geendigter Unterſuchung, iſt eingeführet worden [46]). Jedoch ſind folgende Ausnahmen von unſerer Regel zu bemerken:

1) wenn der Geſezgeber ausdrücklich erklärt hat, daß ſich das Geſez auch auf vergangene Fälle zurückerſtrecken ſolle. Wir finden davon verſchiedene merkwürdige Beiſpiele in dem Römiſchen Geſezbuche. Hierher gehört die Verordnung K. Conſtantins, worinn der kommiſſoriſche Vertrag in Rückſicht auf Pfänder und Hypotheken in ſeinem ganzen Umfange als unerlaubt und unverbindlich verworffen wird *L.* 3. *C. de pactis pignor.* Auch in der Verordnung Juſtinians, welche *L.* 3. *C. de quadrienn. praeſcript.* enthält, findet ſich am Ende die Clauſul: daß dieſes Geſez bis auf den Anfang der Regierung Juſtinians (ex eo tempore valitura, quo motu divino imperiales ſuſcepimus infulas) zurückwirken ſolle [47]). Da inzwiſchen eine Ausnahme von der Regel immer ſtricte zu nehmen, ſo kann eine ſolche Verordnung, die ſich zugleich auf caſus praeteritos ausdrücklich beziehet, doch nur von ſolchen vergangenen Handlungen verſtanden werden, die noch nicht durch rechtskräftige Urtheile, oder Vergleich, oder auf eine andere Art entſchieden, oder durch Zahlung und Uebergabe, oder ſonſt ohne Streit bereits vollzogen, und alſo ſchon ante Legem novam völlig beendiget ſind, ſondern annoch rechtshängig, oder zwar beurtheilet, aber doch per Remedia appellatio-

46) *L. 1. pr. de poenis. L. 21. D. de iniuriis.* KOCH Inſtitut. iur. crim. §. 39. d.

47) Mehrere Beiſpiele geben *L. 22. §. 1. Cod. de SS. Eccl.* und *L. un. §. 4. C. de contractib. iudicum.*

tionis, und dergleichen ſuſpendiret, oder, wenn ſie auch nicht in Streit gezogen worden, dennoch zur Zeit wenigſtens noch nicht vollzogen und erfüllet ſind; weil ſonſt die Proceſſe unaufhörlich seyn würden [47]). Zu denen Ausnahmen unſerer Regel will man

2) auch den Fall rechnen, wenn das neue Geſez nur Lex declaratoria iſt, wodurch ein ſchon vorhanden geweſenes Geſez blos erkläret, oder näher beſtimmt wird; desgleichen

3) wenn das neue Geſez etwas verbietet, ſo ſchon vorher nach denen natürlichen oder bürgerlichen Geſetzen nicht erlaubt geweſen. Allein ich zweifle, ob dieſe als ächte Ausnahmen angeſehen werden können, indem in dem zweiten Fall ſo wenig als in dem dritten mit Grunde zu behaupten ſtehet, daß durch das neue Geſez etwas neues verordnet worden ſey. Ich nehme den Fall aus, wenn durch das wiederholte Verbot zugleich eine neue geſchärftere Strafe auf eine gewiſſe an ſich ſchon unerlaubte Handlung wäre geſetzet worden, in welchem Fall ſich's aber auch von ſelbſt verſtehet, daß, wenn das neue Strafgeſez auf vergangene Handlungen gezogen werden ſolle, dieſes vom Geſezgeber ausdrücklich müſſe erkläret worden ſeyn; ſo wie denn überhaupt eine ſolche Verordnung doch nur von negotiis adhuc pendentibus verſtanden werden könnte [48]).

§. 22.

47) Eben dieſes beſtärken auch die in der vorhergehenden Note angeführte Geſezſtellen ausdrücklich. S. BOEHMER in Conſultat. T. II. P. I. Reſp. 6. n. 3. und GAERTNER in Meditat. pract. med. XII.

48) Man vergleiche noch über dieſe Materie *Chriſt. Gottl.* REINHARDT Comment. de valore et vi legis in

§. 22.

Das poſitive Recht iſt entweder ein göttliches oder menſchliches.

Das poſitive Recht wird nun in das göttliche und menſchliche Poſitivrecht eingetheilt, je nachdem ſolches entweder Geſetze, welche in dem erklärten Willen Gottes, oder ſolche, welche in dem erklärten Willen eines menſchlichen Geſezgebers ihren Grund haben, in ſich enthält. Das erſtere theilen viele Gelehrte wieder ein in das allgemeine (ius poſitivum divinum univerſale) und das beſondere göttliche Poſitivrecht; und nennen erſteres dasjenige, welches alle Menſchen auf der ganzen Welt, denen ſolches bekannt worden, nach der Abſicht Gottes verbinde; lezteres aber dasienige, ſo von Gott nur allein denen Juden vorgeſchrieben worden. Diejenigen, welche ein allgemeines göttliches Poſitivrecht ſtatuiren, ſind jedoch in Anſehung der hierher zu rechnenden Geſetze wieder ſehr verſchiedener Meinung. Einige wollen dieſelben im alten Teſtament gefunden haben, und ſetzen in die Claſſe derſelben den Geneſ. IX. v. 6. enthaltenen göttlichen Ausſpruch von Ahndung des Todtſchlags, deßgleichen die Moſaiſchen Eheverbothe wegen Blutsverwandſchaft und Schwägerſchaft [49]). Andere ſprechen zwar

praeteritum, occaſ. §. 4. *art. XXII. Capitulat. Impp.* CAROLI *VII, et* FRANCISCI *I.* Halae 1748. *Chrſtph. Henr.* LORENZ Diſſ. de obligatione legis in praeteritum. Lipſiae 1770. und *Franc. Ioſ.* HARTLEBEN in Meditat. ad Pandectas Vol. I. P. I. Spec. VIII. med. 4. und 5.

49) S. Sim. Ludw. Eberh. *de* MARÉES Unterſuchung der Verbindlichkeit der göttlichen Geſetze von der Todesſtrafe des Mörders, und von Ver-

zwar denen im alten Teſtament vorkommenden göttlichen Satzungen die allgemein, und ſchlechterdings verbindende Geſetzeskraft ab, inſofern nehmlich dieſelben blos willkührliche Vorſchriften ſind; ſie glauben aber, daß das neue Teſtament dergleichen allgemein verbindliche poſitive göttliche Geſetze enthalte; ſie rechnen z. B. dahin die Vorſchriften von der Eheſcheidung, ferner von Vermeidung der Blutſchande u. d. [50]). Die meiſten heutigen Rechtsgelehrten verwerfen jedoch jene Eintheilung des göttlichen Poſitivrechts, und nehmen blos ein *ius poſitivum divinum particulare* an [51]). Die Frage, ob es allgemeine poſitive göttliche Geſetze gebe, iſt freylich von jeher ſehr beſtritten worden, und man kann nicht läugnen, daß ſie von wichtigen Folgen ſey; denn ſtatuirt man ſolche Geſetze wirklich, ſo muß man denenſelben auch eine unabänderliche Verbindlichkeit beylegen, und kann mithin keine Diſpenſation dagegen zulaſſen. Ich meines Theils kann mich nun von der Exiſtenz ſolcher Geſetze nicht überzeugen, und ich denke, man wird es mir für keine Arrogranz auslegen, wenn ich geradezu ſage, daß diejenigen, welche für das Daſeyn derſelben ſtreiten, in einem zwifachen Irthum ſich befinden. Erſtlich: daß ſie manche in der heil. Schrift

K 2 ent-

Vermeidung blutſchänderiſcher Heirathen. Deſſau 1771. 8. Ein gründliches Urtheil über dieſe Schrift findet man in Schotts Critic. IV. Bandes 36. Stück. S. 508. und folg.

50) *Car. Chriſtph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 10. — *Iuris* DIVINI POSITIVI UNIVERSALIS *ratio in eo ponenda eſt, ut omnes, quibus innotuit, obliget, adeoque* UNIVERSALE *ſit non promulgationis, ſed* OBLIGATIONIS *ratione.*

51) Die beſte Schrift iſt das von unſerm Auctor not. a. angeführte Opuſculum des *Io. Andr.* HANNESEN, erſchienen *Goettingae* 1744. 8.

enthaltene Satzungen für göttliche Geſetze ausgeben; die doch offenbahr keine Geſetze ſind; ſodann zweitens: daß ſie bey denen wirklichen göttlichen Geſetzen zwiſchen natürlichen und willkührlichen Vorſchriften nicht genugſam unterſcheiden. Wir wollen die Probe machen. Die moſaiſche Stelle Geneſ. IX. v. 6. die nach Luthers Ueberſetzung alſo lautet: **wer Menſchenblut vergeußt, des Blut ſoll auch durch Menſchen vergoſſen werden**, iſt offenbahr kein Geſez, denn im hebräiſchen Text wird das futurum (ישבר) gebraucht, es ſcheint alſo blos göttliche Prophezeihung zu ſeyn, daß der Mörder, wenn er auch gleich der weltlichen Obrigkeit verborgen bliebe, dennoch dem göttlichen Gericht nicht entgehen, ſondern durch Menſchen wiederum gewaltſamen Todes ſterben werde [52]. Will man aber dieſe Erklärung nicht gelten laſſen, ſondern jenen Ausſpruch ſchlechterdings für ein göttliches Geſez erklärt wiſſen, ſo kann doch dieſes Geſez ohnmöglich als ein allgemeines unwandelbahres göttliches Geſez angeſehen werden. Denn ſonſt wäre es dem Herrn auch wegen ſeiner Knechte gegeben. Knecht und Freyer ſind doch wohl in Gottes Augen eins, da bey Ihm kein Unterſchied der Perſohnen gilt; und da niemand dem Blute, das in den Adern eines Sclaven herumwallet, den Nahmen des Menſchenbluts abſprechen wird, ſo hätte nothwendig das Geſez, wenn es nach der Abſicht Gottes allgemein wäre, auch den Dienſtherrn treffen müſſen, der ſeinen Knecht oder Magd erſchlagen. Allein dieſe That ſoll nach 2. B. Moſe XXI. v. 20. und 21. mit dem Tode nicht, ja auch wohl gar nicht ein-

52) So erklärt dieſe Moſaiſche Stelle auch THOMASIUS in Diſſ. de iure principis Evang. aggratiandi homicid. cap. IV. §. 4. und HANNESEN im angeführten Opuſculo, §. 31. u. folg.

einmahl beſtrafft werden, mit dem daſelbſt angehängten Entſcheidungsgrunde: **denn es iſt ſein Geld.** Ja hätten nicht die Söhne Jacobs wegen des an Hemor und ſeinen Sohn Sichem verübten Mords [53]) ebenfals wieder mit der Schärfe des Schwerds hingerichtet werden müſſen, wenn jenes Geſez allgemein und unabänderlich wäre? Allein daß dieſes nicht geſchehen, erhellet aus 1 B. Moſe XLIX. v. 5. und 6. [54]) Soviel hiernächſt die Moſaiſchen Ehegeſetze anbetrift, ſo darf der in denenſelben ſelbſt enthaltene wichtige Unterſchied zwiſchen natürlichen und willkührlichen Vorſchriften nicht aus der Acht gelaſſen werden. Daß nun denenſelben freylich in Anſehung ſolcher Satzungen, die ihren Grund ſchon in den natürlichen Geſetzen haben, eine allgemeine und unumſtößlich verbindende Kraft beizulegen ſey, hat keinen Zweifel, allein von dieſen iſt auch hier die Frage nicht. Sondern die Frage iſt, ob auch denenjenigen Eheverboten Moſis, die blos in willkührlichen göttlichen Vorſchriften ihren Grund haben, eine allgemeine und unabänderliche Verbindlichkeit zuzueignen ſey? und dieſe Frage iſt mit Nein zu beantworten Denn es mangelt ihnen an einer nothwendigen Eigenſchaft eines allgemeinen willkührlichen Geſetzes, indem ſie in einem Geſezbuche enthalten ſind, welches damahls nur einem einzigen Volke, nehmlich dem Israelitiſchen, bekannt gemacht war, und deſſen Sprache die übrigen Völker nicht einmahl verſtunden: dahingegen ein willkührliches Geboth Gottes, ſo alle Völker der Erde angehen ſolte, nothwendig durch göttliche Boten,

53) *Geneſ. XXXIV. v. 26.*

54) Noch mehrere Gründe hat Carl Ferd. Hommel in den philoſophiſchen Gedanken über das Criminalrecht, herausgegeben von Dr. Rößig (Breslau 1784.) §. 58.

die es ſo weit, als nur immer möglich, bekannt machten, faſt eben ſo, wie das Evangelium durch die Apoſtel, an alle Völker hätte gebracht werden müſſen. Eine ſolche allgemeine Bekanntmachung dieſer Geſetze an alle Menſchen auf der Welt hat aber bis jezt noch von Keinem erwieſen werden können. Doch Moſes ſelbſt giebt uns noch einen viel entſcheidendern Beweis in dieſer Sache. Man leſe nur den Anfang des 18. Capitels im 3. B. Moſe, in welchem der Hauptſiz der Moſaiſchen Eheverbote iſt, ſo wird man finden, daß nur allein den Israeliten die Beobachtung dieſer göttlichen Vorſchriften eingeſchärft werde; und wenn es gleich Moſes in eben dieſem Capitel v. 24 - 29. den Cananitern zur Sünde anrechnet, daß ſie nicht nach ſolchen Ehegeſetzen gelebt haben, und von denenſelben zur Warnung der Israeliten ſagt: daß Gott ihre Miſſethaten ahnden, und ſie ihrer Greuel wegen aus ihrem Lande ausſtoſſen wolle, weil ſie ſolches verunreiniget haben; ſo läſſet ſich jedoch hieraus, daß die Geſetze Moſis von den verbotenen Graden als leges poſitivae divinae univerſales anzuſehen, ſo wenig erweiſen, daß vielmehr das Gegentheil daraus erhellet, indem, wenn dieſe Geſetze für allgemeine poſitive Geſetze gehalten ſeyn ſolten, ſodann nicht abzuſehen wäre, wie die Cananiter hätten wegen einer Uebertretung dieſer Geſetze beſtrafet werden können, die doch Gott nicht ihnen zugleich, ſondern blos den Israeliten durch Moſen hatte bekannt machen laſſen. Es iſt alſo ganz offenbahr, daß unter den Greueln, daran die Cananiter ſich und ihr Land verunreiniget haben, nicht jede in den Moſaiſchen Ehegeſetzen auch nur aus blos willkührlichen Urſachen unterſagte fleiſchliche Vermiſchungen, ſondern ſolche Vergehungen wider die Keuſchheit zu verſtehen ſind, die ſchon von Natur ſo ſchrecklich ſind, daß die Abſcheulichkeit

einem jeden vernünftigen Menſchen ſofort in die Augen leuchtet, und zu welchen beſonders diejenigen Sünden gehören, deren Moſes v. 20. bis 23. des 18ten Capitels Erwähnung thut, als Sodomie, Knabenſchändung, Ehebruch u. d. m. [55]).

Was übrigens das neue Teſtament betrift, ſo trage ich kein Bedenken, denen beyzutreten, welche die darin enthaltenen Vorſchriften für keine eigentliche Geſetze, ſondern nur für Lehr- und Glaubensſätze halten [56]). Man wird ſich davon ſelbſt leicht überzeugen können, wenn man theils die Gelegenheit, bey welcher ſie von Chriſto und ſeinen Apoſteln vorgetragen worden ſind, theils die Art des Vortrags, theils überhaupt die Verhältniſſe und den Zuſtand der erſten Chriſten hierbey in Erwägung ziehet. Daß wir jedoch die im neuen Teſtament enthaltene heilſame Lehren bey Entſcheidung mancher wichtiger Fälle zum Grunde legen, ja die heil. Schrift in dieſer Hinſicht unter die Quellen unſerer Rechtsgelahrheit rechnen, iſt bekannt [57]).

K 4 §. 23

[55]) Man vergleiche hier beſonders des Herrn Hofr. Michaelis Abhandlung von den Ehegeſetzen Moſis, welche die Heyrathen in die nahe Freundſchaft unterſagen. 2. Hauptſt. §. 13. und folg.

[56]) *I. H.* BOEHMER in Schiltero illuſtrato ſ. Emendat. et Addit. ad Schilterum. Lib. I. Tit. II. §. 2. Desgleichen HORN und FLOERCKE in ihren Obſervat. ad Schilterum a. a. O. Auch Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 49. S. 90. und §. 218. Not. *

[57]) Ich habe hiervon gehandelt in meinen Praecognitis univerſae Iurisprud. Eccleſ. poſitiv. Germanor. (Halae 1786.) §. 16. und not. 1. S. 21. und folg. Desgleichen Schott im angef. Eherechte §. 48. S. 88.

§. 23.

Heutige Gültigkeit des beſondern göttlichen, oder Moſaiſchen Poſitivrechts.

Es giebt alſo nur ein beſonderes poſitives göttliches Recht, und wir verſtehen darunter vorzüglich die in den Schriften Moſis enthaltene willkührliche Vorſchriften, welche Gott beſonders den Israeliten durch Moſen hat bekannt machen laſſen. Man theilt dieſes ſogenannte Moſaiſche Recht [58]) in das Kirchliche oder Ceremonialrecht, und in das bürgerliche oder politiſche Recht ein (*ius moſaicum forenſe ſ. politicum*). Erſteres beſtimmt die Art der Gottesverehrung bey den Israeliten, lezteres aber die Rechte und Verbindlichkeiten, die ſie als Bürger eines beſondern Staats gegen einander zu beobachten hatten. Die Ceremonialgeſetze der Juden [59]) hatten hauptſächlich ihre Beziehung auf den damahligen Zuſtand des jüdiſchen Volks. Es ſolte nehmlich die den Israeliten darin vorgeſchriebene Art der Gottesverehrung theils Vorbild auf den Meſſias, theils Mittel ſeyn, das Volk Gottes, welches durch den langwierigen Umgang mit den Aegyptiern zu einem ſinnlichen und in das Auge fallenden Gottesdienſt einmahl verwöhnt war, gegen heidniſchen Aberglauben und Abgötterey zu ver-

[58]) Ueber das Moſaiſche Recht verdienen beſonders Joh. Dav. Michaelis Moſaiſches Recht 2te Ausgabe Frankf. am Mayn 1775. 6. Theile 8. und *Petri* REGIS Moſes legislator, ſeu de moſaicarum legum praeſtantia. *Auguſt. Taurinor.* 1779. 4. bemerkt zu werden.

[59]) S. *Io.* SPENCER de legibus Hebraeorum ritualibus, et earum rationibus. *Cantabrigiae* 1727. Tom. II. fol. und *Chriſtph. Frid.* SARTORIUS de lege ceremoniali. *Tubingae* 1762.

verwahren, und ſolches hierdurch von den übrigen Völkern der damahligen Zeit ganz abzuſondern. Dieſes Ceremonialgeſez der Juden iſt nun, wie bekannt, im neuen Teſtament ganz aufgehoben worden, und gehet alſo uns Chriſten gar nichts an. Die bürgerlichen oder Forensgeſetze Moſis [60]) hingegen, welche ebenfals nach denen damahligen Umſtänden der Israeliten eingerichtet waren, gelten heutiges Tages unter denen Chriſten nur inſofern, als ſie in dieſem oder jenem chriſtlichen Staate ausdrücklich oder ſtillſchweigend recipiret worden ſind. Woraus denn folgt, daß ein Landesherr dieſe Moſaiſche Forensgeſetze abzuändern oder wohl gar aufzuheben allerdings befugt ſey, wenn die veränderte Umſtände ſeiner Unterthanen ſolches erheiſchen [61]), oder er ſolches in einzelnen Fällen für gut hält. Daher es kei-

60) *Sam.* STRYCK leges forenſes moſaicae cum iure Romano collatae. *Lipſiae* 1745. 8. *Henr.* BODINI Diſſ. de obligatione forenſi iuris divini. *Halae* 1696. rec. 1711.

61) Viele Satzungen des Moſaiſchen Rechts ſind daher heutiges Tages wegen veränderter Umſtände gar nicht mehr anwendbar. Ein Beiſpiel geben die Moſaiſchen Strafgeſetze, welche heut zu Tage ihrer allzugroſen Strenge wegen, die freilich der Character des Volks zu erfordern ſchien, beinahe ganz auſſer Gebrauch ſind. S. Hommel in den philoſ. Gedanken über das Criminalrecht §. 3. HELLFELD Diſſ. de legis moſaicae valore hodierno §. XXII. Auch das Moſaiſche Geſez, welches Zinſen verbiethet, iſt, aller Begünſtigung des kanoniſchen Rechts ohngeachtet, (*c.* 3. u. 4. *X. de uſuris*) durch die teutſchen Reichsgeſetze aufgehoben worden. R. A. vom J. 1600. §. 139. und vom J. 1654. §. 174. Denn es ſchränkte ſich blos auf die damahlige Lage und Armuth des Volks ein. Man vergleiche *Io Dav.* MICHAELIS Commentat. de mente et ratione legis moſaicae uſuram prohibentis. *Erfurti* 1746. 4.

keinem gegründeten Zweifel unterworffen iſt, daß ein Landesherr einen Mörder begnadigen [62]), auch in denjenigen Ehehindernisfällen des Moſaiſchen Rechts, die nicht auf natürliche, ſondern blos auf willkührliche Vorſchriften ſich gründen, dispenſiren könne [63]).

Die heutigen Juden ſehen zwar die Geſetze Moſis noch heutiges Tages als Vorſchriften Gottes von immerwährender Verbindlichkeit an; [64]) allein in Anſehung des heutigen Gebrauchs derſelben iſt zwiſchen Religions- oder Ceremonialſachen und denen bürgerlichen Geſchäften derſelben ein Unterſchied zu machen. In Anſehung der erſtern geſtattet man ihnen noch heutiges Tages den Gebrauch des Moſaiſchen Rechts mit Inbegrif der in ihrem Talmud enthaltenen nähern Beſtimmungen und Erklärungen dieſer Geſetze; allein in bürgerlichen Rechtsſachen, z. B. Eheſachen, nur die äuſſere Form der Ehe ausgenommen, welche man ihrem Ritual überläſſet, deßgleichen in Teſtamenten, Succeſſionsfällen, Vormundſchaften, Verträgen u. d. ſind die Juden nach den gemeinen Rechten und den Geſetzen des Landes, in welchem ſie wohnen und den Schuz genieſſen, ſich zu richten ſchuldig, ſie mögen nun entweder unter ſich ſelbſt oder mit denen Chriſten es zu thun haben [65]). Autonomie

[62]) KOCH Inſtitut. iur. crim. §. 148. ibique allegati. Deßgleichen Hommel in den philoſ. Gedanken §. 57.

[63]) Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 133.

[64]) S. Moſes Mendelſohn Ritualgeſetze der Juden (Berlin 1778.) in der Einleitung.

[65]) *L. 7. u. 8. C. de Iudaeis.* Man vergleiche auch das von Ihro Röm. Kayſerl. Majeſtät allergnädigſt confirmirte und von Dero hohen Commißion publicirte neue *Reglement* der Judenſchaft in Hamburg von 1710. art. 23. Desgleichen die Königl. Preuß. Verord-

nomie findet nur inſofern bey ihnen ſtatt, als ihnen bey der Aufnahme oder auch nachher der Gebrauch ihres eigenen Rechts durch beſondere Privilegien iſt verſtattet worden; welches aus ihren Schuzbriefen, denen Judenordnungen und Privilegien zu beurtheilen iſt [66]).

§. 24.

ordnung, daß Juden *in contrahendis matrimoniis quoad gradus* ſich nach Churbrandenburgiſchen Rechten halten ſollen vom 4. Oct. 1696. in Corp. Conſtitut. Marchicar. Th. I. Abth. II. N. LXIII. S. 125. Ferner das Ausſchreiben der Königl. und Churfürſtl. Hannöveriſchen Regierung von 1738. in Corp. Conſtitut. Calemberg. T. III. Cap. IV. Sect. XIII. Nr. 171. S. 438. u. folg. In dem Darmſtädtiſchen werden die jüdiſchen Ehen, in Anſehung der verbotenen Grade, ebenfals nach der Kirchenordnung der Chriſten beurtheilt. Und daß auch in andern bürgerlichen Rechtsſachen die Juden nach den gemeinen und Landesgeſetzen ſich richten müſſen, haben *Io. Frid.* KAYSER in Comment. de Autonomia Iudaeorum Gieſſae 1739. *Chriſt. Hartm. Sam.* GATZERT in Tract. iuris germ. de Iudaeorum in Haſſia praecipue Darmſtadina iuribus atque obligationibus. Gieſſae 1771. §. VII. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 1. Th. S. 76. u. folg. und Joh. Chriſt. Conr. Schröter in den vermiſchten iuriſt. Abhandlungen I. Band S. 106. u. folg. erwieſen.

[66]) Es irren daher diejenigen ſehr, welche auch in denen Civilſachen der heutigen Juden den alleinigen Gebrauch des Moſaiſchen Rechts vertheidigen wollen. Z. B. *Io. Iod.* BECK in Tr. de Iuribus Iudaeor. Cap. IV. §. 4. *Io. Aug.* FRANCKENSTEIN de iuribus ſingularibus circa Iudaeos maxime in germania c. II. §. 4. noch mehrere Anhänger dieſer Meinung führt PFEFFINGER in Vitriario Lib. III. Tit. 17. §. 87. Vol. III. p. 1299. ſq. an.

§. 24.

Von der geſezgebenden Gewalt in Teutſchland.

Dem göttlichen wird das menſchliche Poſitivrecht entgegengeſezt, welches diejenigen Geſetze in ſich begreift, die in dem Willen menſchlicher Geſezgeber ihren Grund haben. Dieſes iſt daher nach Verſchiedenheit der Geſezgeber ſehr verſchieden. Wir ſchränken uns hier blos auf Teutſchland ein. Da nun das teutſche Reich nach ſeiner beſondern Verfaſſung, theils im Ganzen, als ein Staatscörper, von einer bürgerlichen Hoheit, der alles unterthänig iſt, umfangen, theils nach ſeinen einzelnen Theilen betrachtet werden kann, deren jeder für ſich zwar einen beſondern Staat ausmacht, und ſeine eigne der Majeſtät des Reichs untergeordnete Landeshoheit hat, aber doch mit dem ganzen Reich im genaueſten Verhältnis ſtehet, ſo ſind nun auch die einheimiſchen Geſetze Teutſchlands von zweierley Art, teutſche Reichsgeſetze oder teutſche Landesgeſetze. In Abſicht auf das ganze teutſche Reich ſtehet zwar dem Kayſer die geſezgebende Gewalt zu, jedoch kann er vor ſich aus eigner Macht keine Geſetze geben, welche durch das ganze teutſche Reich gelten ſollen, ſondern dazu iſt die Einwilligung der Reichsſtände erforderlich. Die geſezgebende Gewalt des Kayſers gehört alſo zu denen gemeinſchaftlichen kayſerlichen Rechten, bey deren Ausübung gleich Anfangs, als Teutſchland durch die Verdüner Theilung 843. ein eignes Reich ward, der Conſens der Reichsſtände erfordert worden iſt [67]). Daß alle Stände in das zu gebende neue Reichsgeſez einwilligen müſten, wolte man zwar

[67]) Häberlins Auszug der allgem. Welthiſtorie I. Band S. 335. 8. B. S. 444. 10. Band S. 181.

zwar in vorigen Zeiten für nöthig halten; und noch 1495. wolten die abweſende Stände an der gegenwärtigen Stände Schlüſſe nicht gebunden ſeyn, ſondern man muſte die abweſende erſt durch gütliche Tractaten [68]) zu bewegen ſuchen, ſolchen beyzutreten [69]). Gleichwie indeſſen ſeit 1512. [70]) keinem Zweifel unterworfen iſt, daß in der Regel die mehrern Stimmen auch die wenigern nach ſich ziehen, und dieſe dadurch eben ſo wohl verbunden werden, als ob ſie mit eingewilliget hätten; alſo iſt in Rückſicht auf die nicht erſcheinende Stände ſchon durch den Freyburger Reichsabſchied von 1498. §. 59. verordnet, und durch die Reichsabſchiede von 1541. §. 66 und 67. und von 1542. §. 121. wiederholet worden, daß die erſcheinende Stände, ihrer ſeyen viel oder wenig, Gewalt haben ſolten, über alles das, weshalb der Reichstag ausgeſchrieben worden, zu rathſchlagen und zu beſchlieſſen, und was alſo beſchloſſen worden, auch die Abweſenden binden ſolle, als ob ſie gegenwärtig geweſen wären [71]).

Seit

68) Ein Beiſpiel hievon ſind die noch 1495. verglichene Reverſalien, oder Beybriefe, wornach die nicht perſöhnlich zugegen geweſene Stände ſich des eben damahls errichteten Landfriedens, Cammergerichtsordnung und Handhabung Friedens und Rechts halber haben verbinden ſollen. Das Formular ſtehet in der neuen Sammlung der Reichsabſchiede 2. Th. S. 17.

69) DATT de pace publica Lib. V. cap. 2. n. 18. und Müllers Reichstagstheatr. unter K. Maximilian I. vierte Vorſtell. Kap. 56. §. 1.

70) Reichsabſchied von 1512. §. 7. Regimentsordnung von 1521. §. 12. Reichsabſchied von 1542. §. 25. von 1555. §. 69. von 1559. §. 44. von 1576. §. 98. von 1594. §. 121. von 1654. §. 183.

71) N. Sammlung der Reichsabſchiede Th. 2. S. 52.

Seit dieſer Zeit iſt alſo die Regel feſtgeſtellet worden, daß Reichsgeſetze vom Kayſer mit Einwilligung der Stände des Reichs oder wenigſtens des mehrern Theils derſelben gemacht werden müſſen, wenn ſie das ganze Reich verbinden ſollen. Jedoch giebt es Ausnahmen von dieſer Regel, wo noch jezt diejenigen, welche nicht mit eingewilliget haben, an die mehrere Stimmen nicht gebunden ſind; dieſe Fälle ſind im osnabrükiſchen Frieden *Art. V.* §. 2. beſtimmt. Es giebt auch Fälle, wo der Kayſer oder gewiſſe Stände vor ſich etwas thun können, ſo daß gleichwohl das ganze Reich ſich darnach richten muß. Hierher gehört, a) wenn die Stände dem Kayſer etwas zu freyer Diſpoſition heimſtellen, wovon der Speyeriſche Reichsabſchied von 1544. §. 82. ein Beiſpiel giebt; b) wenn der Kayſer und geſammte Stände gewiſſen Ständen einen Auftrag thun, den dieſe vor ſich und geſammte übrige Stände vollziehen, daher z. E. die Reichsdeputationsabſchiede. In ſeiner Art kann man c) auch die kayſerliche Wahlcapitulationen, die von den Churfürſten allein gemacht werden, hierher rechnen [72]. In Anſehung der einzelnen teutſchen Reichslande ſtehet einem jeden Landesherrn das Recht zu, Geſetze zu geben, und zwar iſt dieſes ein eigenes Recht der Landeshoheit, zu deſſen Ausübung weder eine Conceſſion noch Beſtättigung vom Kayſer verlangt wird. Ob aber unſere teutſche Landesherrn nicht wenigſtens die Einwilligung der Landſtände nöthig haben, wenn ſie Geſetze geben wollen, iſt eine Frage, bey deren Beantwortung die Meinungen der Staatsrechtsgelehrten getheilt ſind, indem

[72]) Carl Friedr. Gerſtlachers Corpus iuris germanici publici et privati. 1. Band von Reichsgeſetzen und Reichsordnungen (Frankf. 1786.) 1. Cap. S. 15 u. folg.

indem Einige die Concurrenz der Landſtände bey Ausübung der geſezgebenden Gewalt für ſchlechterdings gegründet; Andere aber dieſelbe nur in denenjenigen Fällen für nöthig halten, wo ausdrückliche Landesgrundgeſetze, oder das Herkommen, oder die Analogie der Landesverfaſſung dieſe Einwilligung der Landſtände erfordern. Die erſtere Meinung ſucht **Reinharth** [73]) zu vertheidigen; die leztere aber behauptet **Hellfeld**, und hierin ſtimmen die meiſten Publiciſten überein; ich glaube, daß die leztere Meinung allerdings gegründeter iſt. Denn iſt gleich nicht zu läugnen, daß nach der uralten gleich beym Aufkommen der Landeshoheit eingeführten Verfaſſung der teutſchen Territorien die Landſtände groſen Antheil an dem Rechte, Geſetze zu geben, gehabt haben [74]); ſo iſt doch auch gewiß genug, daß die Verfaſſung von vielen Landen heut zu Tage unleugbar nicht mehr diejenige ſey, welche ſie vor Alters geweſen, und daß der Landesherr heutiges Tages vermöge neuerer Landesgrundgeſetze und des heutigen Herkommens in der Landesregierung überhaupt freiere Hände habe. Daher kommt die heutige groſe Verſchiedenheit der teutſchen Territorien in Anſehung der Landſtändiſchen Gerechtſame; ja es giebt Lande, in welchen ſich die Landſtände vermöge der notoriſchen Landesverfaſſung nur noch einen kleinen Reſt der ihnen ehemals zugehörigen Rechte erhalten haben. Woraus denn folgt, daß ſich bey ſtreitiger Concurrenz der Landſtände in Anſehung der Geſezgebung keine allgemeine Vermuthung weder für den Landesherrn, noch für die Landſtände behaupten laſſe, ſon-

[73]) in ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum Vol. I. Obſ. 13.

[74]) Vergleiche Struben im gründlichen Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen Sect. II. §. VIII. not. b. S. 27. u. folg.

ſondern hierinnen alles auf die Verfaſſung eines jeden einzelnen Landes ankomme [75]). Noch müſſen wir hier nach Anleitung unſers Auctors die ſo ſehr beſtrittene Frage erörtern, ob die Reichsſtände wider die gemeine Reichsgeſetze in ihren Landen neue Ordnungen und Landesgeſetze einführen, und dadurch jene aufheben oder abändern können? [76]) Auch hierin ſind die Meinungen der Publiciſten ſehr verſchieden. Wir gehen den ſicherſten Weg, wenn wir einen Unterſchied machen zwiſchen denjenigen Reichsgeſetzen, welche die Staatsverfaſſung des teutſchen Reichs überhaupt, als ein Staatskörper betrachtet, oder die Verfaſſung der einzelnen Reichslande zum Gegenſtand haben, und folglich ſogenannte Reichsgrundgeſetze ſind; und ſolchen Reichsgeſetzen, welche blos Privatſachen Reichsſtändiſcher Unterthanen zum

75) Schnauberts Beyträge zum teutſchen Staats- und Kirchenrecht I. Theil N. X. S. 96. u. folg.

76) Ueber dieſe Frage haben auſſer dem angeführten THOMASIUS noch folgende geſchrieben: SILBERRAD ſ. reſp. SCHEID in Diſſ. de poteſtate ſtatuum Imperii leges in territorio ferendi receſſibus Imperii contrarias. *Argentorati* 1756. Schnaubert kann ein Landesherr wider das gemeine Recht in Deutſchland Landesgeſetze machen? in Deſſelben Beyträgen I. Th. N. III. Moſer von Reichstagsgeſchäften S. 273. Derſelbe von der Landeshoheit in Regierungsſachen 4. Kap. §. 48. 49. — von der teutſchen Juſtizverfaſſung 1. Th. S. 1160. Carl Friedr. Gerſtlacher in Corpore iuris germanici publici et privati I. Band 1. Cap. S. 33. u. folg. Allein des *Ge. Phil.* MUHL Diſſ. qua expenditur quaeſtio, an et quatenus ſtatus Imperii legibus Imperii derogare poſſint. Gieſſae 1786. ſoll, ſo weit ſie itzo erſchienen, noch nichts zur Sache gehöriges enthalten. S. H. Prof. Klübers kleine juriſt. Biblioth. II. B. 5. St. N. XIII.

zum Gegenſtand haben, und daher Reichsprivatgeſetze genennt werden. Reichsgeſetze der erſtern Art können einzelne Reichsſtände durch ihre Landesgeſetze nicht abändern; denn einmahl iſt hier der Wille des Kayſers und Reichs durchaus und ſchlechterdings gebietend; ſodann aber bekömmt auch durch dergleichen Reichsgrundgeſetze ein Theil entweder der Kayſer oder die Stände, oder einzelne Corpora derſelben vertragsweiſe ein ius quaeſitum, in welches durch beſondere Landesverordnungen nicht eingegriffen werden kann. Inſofern jedoch eine dergleichen Reichsverordnung zum Vortheil der Landesherrn, oder der Landſtände und Unterthanen gemacht worden iſt, kann ſie durch beiderſeitige Einwilligung abgeändert werden. Zum Beiſpiel dient der §. 180. des J. R. A. und Art. V. §. 31. des Osnabr. Fried. Inſtr. Soviel hiernächſt die Reichsprivatgeſetze anbetrifft, ſo kommt es in Anſehung derſelben zuförderſt darauf an, ob die Clauſula ſalvatoria denenſelben beygefügt ſey oder nicht. Iſt das erſte, ſo iſt keinem Zweifel unterworffen, daß einem Reichsſtande die Befugnis, ſolchen Reichsgeſetzen durch Landesgeſetze zu derogiren, allerdings zuſtehe, denn dies bringt die Natur der ſalvatoriſchen Clauſel mit ſich. Hierdurch werden nicht allein zur Zeit des Reichsgeſetzes vorhandene, ſondern auch noch nachfolgende Gewohnheiten und Landesverordnungen, ob ſie gleich dem Reichsgeſetze widerſprechen, ſelbſt vom Reich genehmiget. Beiſpiele liefern uns K. Carls V. Peinl. Gerichtsordnung in der Vorrede, und der jüngſte Reichsabſchied §. 171. und 176. desgleichen der Reichsſchl. vom 4 Sept. 1731. art. 1. nach welchem jedem Reichsſtande nach Gelegenheit der Zeit und Umſtände die Aenderung und Verbeſſerung der Innungsbriefe vorbehalten worden iſt.

Wenn

Wenn aber ein Privatreichsgeſez dieſe Vorbehaltungs-clauſul nicht enthält, ſo ſtimme ich denen bey, welche alsdann wieder unter den Reichsgeſetzen ſelbſt einen Unterſchied machen, ob ſie nehmlich entweder ſolche ſind, welche das Reich für durchaus verbindliche Verordnungen vorgeſchrieben hat, dergeſtalt, daß ſie ſchlechterdings in allen einzelnen Reichslanden befolgt werden ſollen; (*leges Imperii abſolute praeceptivae aut prohibitivae*) oder ob es ſolche ſind, die zwar wohl als allgemeine Verordnungen in Teutſchland promulgiret ſind, deren Befolgung aber doch das Reich nicht ſo durchaus und ſchlechterdings fordert, ſondern welche nur in ſubſidium, wenn andere verbindliche Verordnungen ermangeln, zur Richtſchnur dienen ſollen. (*leges Imperii hypotheticae*) Ob ein Reichsgeſez zu dieſer oder jener Gattung gehöre, muß theils aus dem ausdrücklichen Inhalt des Geſetzes ſelbſt, theils aus dem ſtillſchweigenden und vermutheten Willen des Reichs beſtimmt werden. Der ſtillſchweigende Wille des Reichs iſt vorhanden, wenn die Abſicht des Geſezgebers, und das durch das Geſez zu bewirkende Wohl von Teutſchland nicht anders erhalten werden kann, als wenn das Geſez durchaus und ſchlechterdings in allen einzelnen Reichslanden befolgt wird. Dieſes zum voraus geſezt, ſo iſt nun zu bemerken, daß kein teutſcher Landesherr die Macht habe, gegen ſolche Reichsprivatgeſetze etwas zu verordnen, deren allgemeine und genaue Beobachtung das dadurch zu bewirkende Wohl Teutſchlands nothwendig macht. Wie würde z. E. der heilſame Zweck des Reichsſchluſſes von 1731. wegen Abſtellung der Handwerksmisbräuche erreicht werden, wenn ſolcher nur an einigen Orten beobachtet würde, an andern nicht? Es geſtattet auch weder die Unterwürfigkeit der teutſchen Landesherrn und ihrer Territorien gegen die Majeſtät des

des Reichs, ſich von der Verbindlichkeit ſolcher Reichsgeſetze loszumachen, noch kann die Abänderung oder Aufhebung derſelben durch entgegengeſezte Landesordnungen mit der Einheit des teutſchen Staats beſtehen. Ganz anders hingegen verhält ſich die Sache mit denen hypothetiſchen Reichsprivatgeſetzen, denn in Anſehung dieſer kann die Befugnis der Reichsſtände, denenſelben durch beſondere Landesgeſetze zu derogiren, darum nicht bezweifelt werden, weil, wenn gleich ein teutſcher Landesherr dem Kayſer und Reich unterthänig iſt, und nur eine von daher abhängige Hoheit beſitzet, dennoch derſelbe nichts deſto weniger zugleich auch ſelbſt Regent in ſeinem Lande iſt, und darinn die oberaufſehende und geſezgebliche Gewalt zum Wohl deſſelben hat. Hierzu kommt, daß die Lage, Beſchaffenheit und Umſtände der einzelnen Reichslande ſo mannichfaltig ſind, daß viele Reichsgeſetze nicht für jedes Land ſich ſchicken, in Anſehung derer es demnach gegen den zuverläſigen Willen des Reichs ſeyn würde, ein Reichsgeſez zum Nachtheil eines Landes darinn zu beobachten. Vielmehr iſt es in ſolchen Fällen dem Willen des Reichs allerdings für gemäß zu halten, daß der Landesherr, der die beſte Kenntnis von der Beſchaffenheit ſeines Landes hat, und dem zunächſt das Wohl deſſelben am Herzen liegt, das Reichsgeſez in ſeinem Lande näher beſtimmen, oder erforderlichen Falls gar abändern könne. Daß gegen die gemeinen fremden Rechte der Landesherr in ſeinem Lande Geſetze promulgiren könne, hat um ſo weniger Zweifel, da dieſelben blos ſubſidiariſche Rechte ſind, die ohnehin den vorhandenen teutſchen Geſetzen weichen müſſen [77]).

[77]) Schnaubert a. a. O. §. 2 und HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 129.

Da übrigens die geſezgebende Gewalt in den Reichslanden ein eignes Recht der Landesherrn iſt, ſo verſtehet es ſich von ſelbſt, daß denen Juſtizcollegien, Regierungen und Stadtmagiſtraͤten, nehmlich in Landesſtaͤdten, ſine ſpeciali Principis conceſſione keine geſezgebende Gewalt zu geſtatten ſey [73]).

§. 25.

Eintheilung der Verbindlichkeit in die natuͤrliche, buͤrgerliche und vermiſchte.

Nachdem wir bisher von den verſchiedenen Gattungen der Geſetze, beſonders von den beyden Hauptarten derſelben, den natuͤrlichen und poſitiven gehandelt haben, ſo kommen wir nun auf die daher entſtehende Eintheilung der Verbindlichkeit. Wenn nehmlich die Frage iſt, in welchem Geſez ſich eine Verbindlichkeit gruͤnde; ſo laſſen ſich drey Faͤlle denken; nehmlich die Verbindlichkeit gruͤndet ſich entweder blos in dem Recht der geſunden Vernunft, oder ſie iſt blos im poſitiven buͤrgerlichen Rechte gegruͤndet; oder ſie hat in beyderley Rechten, in denen natuͤrlichen wie in den buͤrgerlichen, ihren Grund. Im erſtern Fall iſt eine blos natuͤrliche Verbindlichkeit, im zweiten eine blos buͤrgerliche, und im dritten eine vermiſchte Verbindlichkeit vorhanden. Eine *obligatio mere naturalis* iſt z. B. die Verbindlichkeit einer Weibsperſohn aus uͤbernommener Buͤrgſchaft, ferner die Verbindlichkeit eines filiifamilias aus einem Geldanlehn. Eine *obligatio mere civilis* iſt z. B. die Verbindlichkeit eines Depoſitars zum doppelten Erſaz, wenn er ein Depoſitum miſerabile veruntreuet hat. Eine *obligatio*

[73]) Strubens Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen Sect. II. §. VIII. n. b. S. 27.

gatio mixta endlich iſt z. B. die Verbindlichkeit des Käufers zur Bezahlung des bedungenen Kaufſchillings, und des Verkäufers zur Uebergabe. Wir bemerken von denen ſogenannten vermiſchten Verbindlichkeiten noch folgende Wahrheiten:

1) daß eine Verbindlichkeit darum nicht aufhöre, eine natürliche zu ſeyn, weil ſie im Civilrecht gleichfals vorgeſchrieben worden;

2) daß ſie durch dieſe Wiederholung ihre innere Kraft und Wirkung nicht verliehre; daß folglich

3) derjenige, welcher ſich auch ſonſt mit der Unwiſſenheit des bürgerlichen Rechts entſchuldigen kann, in Anſehung ſolcher Vorſchriften, die ſchon natürlichen Rechtens ſind, ſich darauf nicht berufen könne [79]; daß endlich

4) das ius poſitivum qua tale ſein Anſehen und Gültigkeit verliehren könne, dadurch aber alles dasjenige, was aus dem Naturrechte darinn aufgenommen worden, nicht gleichfals unverbindlich werde [80]; Wahrheiten, die eben ſo einleuchtend als practiſch ſind, und daher keines weitern Beweiſes bedürfen [81].

[79]) *Io.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. 6. §. 1.

[80]) Weber Entwikelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 1. Abth. §. 4. S. 9. u. f. — Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römiſchen Rechts. §. 10. 11. und 12.

[81]) Beiläufig iſt hieraus zu erſehen, wie nothwendig und unentbehrlich einem Juriſten das Studium des natürlichen Rechts ſey, indem eine gründliche Kenntnis deſſelben ihn erſt in den Stand ſezt, die Grenzen und das Verhältnis der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten gegen die blos bürgerlichen richtig zu beſtimmen.

§. 26.

Wirkungen und Verhältnis der natürlichen Verbindlichkeit in foro civili. Begrif der natürlichen Verbindlichkeit im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts. Was iſt Billigkeit?

Man pflegt gewöhnlich die blos natürliche Verbindlichkeiten, um deren Verhältniß und Wirkungen in bürgerlichen Gerichten beſtimmen zu können, auf zwey Hauptclaſſen zu reduciren, indem man ſie in ſolche eintheilt, welche durch die bürgerlichen Geſetze gänzlich aufgehoben und verworfen, — und ſolche, die zwar nicht beſtättiget, aber doch auch nicht ganz aufgehoben und vernichtet ſind. Erſtere nennt man: *obligationes naturales plane deſtructas ſive reprobatas*, leztere hingegen *obligationes naturales haud reprobatas*. Jene, ſagt man, haben in Gerichten ſchlechterdings gar keinen Effect, ſo daß auch die etwa geſchehene Erfüllung derſelben ſogar zurückgefordert werden könne. Leztere hingegen wären in Anſehung der gerichtlichen Wirkung nur eingeſchränkt, und zwar dahin, daß wegen ſolcher Verbindlichkeiten nur keine Klage erhoben werden könne, ſonſt aber doch alle andere Wirkungen ſtatt fänden. Man könne eine Einrede gegen die etwa nach dem ſtrengen Recht dem Gläubiger zuſtehende Klage daraus hernehmen, das Innebehaltungsrecht ausüben, die Kompenſation vorſchützen, es habe ferner in Anſehung ſolcher Verbindlichkeiten ein Conſtitutum, eine Novation, ein Pfandrecht und Bürgſchaft ſtatt [82]). Man fügt weiter hinzu, der unterſcheidende Character, woran man erkenne, ob nicht beſtättigte natürliche Verbindlichkeiten in

[82]) *L. 7. §. 4. D. de pact. L. 6. D. de compenſat. L. 1. §. 7. D. de conſtit. pec. L. 1. §. 1. D. de novat. L. 5.* u. 14. *D. de pignor. §. 1. I. de fideiuſſor.*

in die eine oder in die andere Claſſe zu rechnen, ſey lediglich darinn zu ſetzen, ob die Civilgeſetze geſtatten, daß die geſchehene Zahlung wieder zurückgefordert werden dürfe, oder nicht? [83]) So iſt die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, welche nicht nur **Hellfeld** in dieſem §. unabgeändert vorträgt, ſondern die wir auch eben ſo ſchon vom **Accurſius** an in allen Syſtemen und Compendien des bürgerlichen Rechts antreffen. Allein daß dieſe gemeine Vorſtellungsart nicht nur mangelhaft, ſondern auch offenbar unrichtig ſey, hat neuerlich einer unſerer beſten Civiliſten [84]) überzeugend dargelegt.

Mangelhaft iſt ſie, weil nach dieſer gewöhnlichen Lehre durchaus nicht abzuſehen iſt, unter welche Claſſe man die Liebespflichten bringen ſoll. Zwar will man ſie unter diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten mit rangiren, denen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat [85]), allein eben dadurch erhält jene Theorie ein noch mislicheres Anſehen. Denn iſt gleich nicht zu läugnen, daß die Erfüllung derſelben nicht vermittelſt einer Klage gefordert werden könne, ſo liegt doch der Grund hievon keineswegs in einer Ver-

83) *L. 10. D. de obligat. et action. L. 19. D. de condict. indeb.*

84) Herr Prof. Weber in ſeinem claſſiſchen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Würkung 1. Abth. 1. Abſchn. §. 42. und folg. S. 109. ff.

85) Man findet eine ſolche Klaſſification unter andern beym *Io. Ortw.* WESTENBERG in Diſſertationib. de cauſis obligationum Diſſ. I. Cap. IV. §. 9. ingleichen beym HAHN ad Weſenbeccium *Tit. de obligationib. et action.* N. V.

ordnung des Civilrechts, ſondern in der Natur und Weſen dieſer Pflichten ſelbſt. Denn da ſie an ſich auch in auſſergeſellſchaftlichem Zuſtande mit Gewalt nicht erzwungen werden können: ſo läſſet ſich ohne Widerſpruch nicht behaupten, daß die Civilgeſetze ihnen eine Wirkung entzogen hätten, welche ſie doch ihrer Natur nach nicht haben? Es liegt alſo ganz offenbar vor Augen, daß ſie in den Syſtemen und Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts am ganz unrechten Orte ſtehen, wenn ſie mit wirklichen Zwangspflichten, die nur durch beſondere Vorſchrift des Civilrechts ganz oder zum Theil unerzwingbar geworden ſind, eine Claſſe formiren.

Unzutreffend iſt ferner die gemeine Lehrart von der natürlichen Verbindlichkeit auch darum, weil, wenn man die ganze Summe der blos natürlichen Verbindlichkeiten, die nicht ausdrücklich in den Civilgeſetzen beſtättigt worden, in Abſicht der gerichtlichen Wirkung nur auf zwey Claſſen reducirt, nehmlich, daß ſie entweder durchaus ohne allen Effect, oder nur nicht klagbar, übrigens aber völlig wirkſam ſind, man hierdurch in die Verlegenheit geſetzet wird, allen natürlichen Zwangspflichten, wovon die bürgerlichen Geſetze ſchweigen, den effectum agendi zu verſagen, welches aber gegen die geſunde Vernunft, gegen den Geiſt des Römiſchen und Kanoniſchen Rechts, ja gegen den heutigen Gerichtsgebrauch ſelbſt offenbar ſtreitet, wie zu ſeiner Zeit gezeigt werden ſoll [86].

Irrig

[86]) Daß dieſe irrige Meinung wirklich in den Syſtemen und Commentarien der treflichſten Juriſten herrſche, will ich nur durch ein paar Beiſpiele erweiſen. So ſchreibt *Io. God* SCHAUMBURG in Compendio iuris Digeſtor. Lib. XLIV. Tit. 7. §. 3. Sigillatim vero, ut *obligatio*

Irrig aber iſt die gemeine Theorie aus mehr als einer Urſach. Denn **erſtlich** iſt es ein offenbarer Irthum, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung durch die Civilgeſetze nur zum Theil eingeſchränkt worden, blos dahin beſtimmt wird, daß die Geſetze deshalb keine Klage, wohl aber die übrigen Wirkungen zulieſſen; indem uns theils die Geſetze ſelbſt Fälle genug darſtellen, wo bey einer ſolchen in Anſehung des gerichtlichen Effects eingeſchränkten natürlichen Verbindlichkeit dennoch das Recht zu klagen nicht gänzlich wegfällt, ſondern nur limitirt iſt [87]); theils aber auch, wenn man ſich das ganze Reſultat der gerichtlichen Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit gedenkt, ſehr leicht einzuſehen iſt, daß die Einſchränkung derſelben auf weit mehr als eine Art geſchehen könne, ſo wie denn in der Folge dieſe verſchiedene Arten aus den Geſetzen ſelbſt erwieſen werden ſollen. **Zweitens** iſt es irrig, wenn man in den Fällen einer ſogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die Zurückforderung desjenigen, was vermöge derſelben iſt gegeben worden, ohne Unterſchied zulaſſen, und hierin den unterſcheidenden Character zwiſchen einer nicht beſtättigten

gatio in foro *efficax* ſit, et *actionem* producat, *lex civilis illi aſſiſtat*, requiritur. Quod ita neceſſarium eſt, ut ſola *naturalis* obligatio, *licet perfecta ſit*, externe *actionem* non producat. So auch *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. *Tit. de obligat. et action.* §. 3. Obligatio *naturalis* tantum eſt, quae ſolo nititur aequitatis naturalis vinculo, nullam quidem efficacem *iure civili* producens *actionem* ad perſequendum id, quod ita debitum; ſed tamen exceptionem patiens, ac ſoluti retentionem. Et haec ita, *ſi vel obligatio naturalis plena ſit.*

87) Vergleiche *L. 5. pr. D. de auct. tutor. L. 16 - 24. D. de re iudicata.*

und einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit ſetzen will; da die Fälle doch bekannt genug ſind, wo ſelbſt die bürgerlichen Geſetze die Zurückforderung des einmahl Gegebenen nicht verſtatten. So z. B. gehört die Verbindlichkeit aus der Bürgſchaft einer Frauensperſohn offenbar zu denen ſogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeiten, und doch ſtehet einer Frauensperſohn, welche wuſte, daß ſie nicht aus der Bürgſchaft gehalten ſey, und dennoch bezahlete, die Zurückforderung nach den Geſetzen nicht zu [88]). So leuchtet alſo das Mangelhafte, Unbeſtimmte und Irrige des gemeinen Lehrbegrifs allenthalben hervor.

Richtiger wird die Sache auf folgende Art vorzuſtellen ſeyn. Daß natürliche Verbindlichkeiten zwar auch im bürgerlichen Zuſtande vorhanden und fortdaurend ſind, doch aber durch die bürgerlichen Geſetze mancherley Modificationen erhalten können, iſt ſchon oben (§. 17. u. 18.) dargethan worden. Hieraus folgt,

Erſtlich: daß eine jede natürliche Zwangspflicht auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect habe, und in der Regel durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden könne, ſo weit ihr dieſe Wirkung durch die bürgerlichen Geſetze nicht ausdrücklich genommen iſt;

Zweitens: daß, wenn auch dergleichen Einſchränkungen wirklich vorhanden ſind, dieſe dennoch, als Ausnahmen von der Regel, auf das ſtrengſte erkläret werden müſſen, mithin die natürliche Verbindlichkeit in Anſehung des gerichtlichen Effects doch nur ſoviel verliehre, als das poſitive Recht derſelben nahmentlich

[88]) Weber im angef. Buch 2. Abtheil. §. 76. hat noch mehrere Beiſpiele hiervon.

lich entzogen hat; und alſo diejenigen Wirkungen, welche in den Geſetzen nicht ausdrücklich aufgehoben ſind, allerdings auch in foro civili fortdaurend ihr verbleiben;

Drittens: daß eine natürliche Zwangspflicht der Beſtättigung des bürgerlichen Geſezgebers nicht bedürfe, folglich allerdings auch alsdenn in den bürgerlichen Gerichten klagbar ſey, wenn ſie auch gleich in den Civilgeſetzen nicht wiederholt beſtättiget worden; endlich

Viertens: was an ſich nur Liebespflicht iſt, auch in foro civili nicht mehr Kraft habe, mithin in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit nie gefordert werden könne; es wäre denn, daß durch Vorſchrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet worden. (§. 3. S. 38. u. folgg.)

Dieſes vorausgeſchickt, ſo reducirt ſich nun das Verhältnis der blos natürlichen Verbindlichkeiten, d. i. derjenigen, welche in den Civilgeſetzen nicht ausdrücklich beſtättiget worden ſind, in Abſicht der gerichtlichen Wirkung, eigentlich auf drey Fälle. Sie ſind entweder durch die bürgerlichen Geſetze ganz aufgehoben und deſtruirt, oder der gerichtlichen Wirkung nach nur eingeſchränkt; oder ſie ſind weder reprobirt, noch eingeſchränkt worden, ſondern ſolche, deren die poſitiven Geſetze nicht erwähnen. Wir wollen von der leztern Art natürlicher Verbindlichkeiten und ihrer gerichtlichen Wirkung zuerſt handeln. Daß dieſe entweder Liebes- oder Zwangspflichten ſeyn können, iſt bekannt; und daß beyde auch im bürgerlichen Zuſtande diejenige Wirkung haben, die ſie auſſer dieſem Zuſtande gehabt haben würden, iſt ſchon vorhin bemerket worden; ich ſetze nehmlich voraus, daß die bürgerlichen

Ge-

Geſetze ein anders nicht verordnet haben. Soviel demnach zuerſt die Liebespflichten und deren Verhältniß im bürgerlichen Zuſtande anbetrift, ſo können ſelbige nun, wie bereits oben gezeigt worden, keinesweges unter diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten claſſificirt werden, die der gerichtlichen Wirkung nach eingeſchränkt ſind, ſondern ſie gehören zu der von uns angegebenen dritten Claſſe der blos natürlichen Verbindlichkeiten; und wenn ſie gleich in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit nie gefordert werden können; ſo laſſen dennoch die Geſetze, wenn die Erfüllung einer ſolchen Liebespflicht einmahl geſchehen, keine Zurückforderung zu. Der Grund hiervon, welchen die Geſetze ſelbſt mit ausdrücklichen Worten angegeben, iſt kein anderer, als weil derjenige, welcher in der Abſicht, ein officium humanitatis auszuüben, etwas gegeben hat, nach rechtlicher Vermuthung das Gegebene hat ſchenken wollen; (*quia donare voluit*) [89]) folglich wenn er einmahl die Abſicht zu ſchenken gehabt, das einmahl Gegebene auch dann nicht einmahl ſolle wieder zurückfordern können, wenn gleich bey der geſchehenen Präſtation erweißlich ein Irrthum zum Grunde liegen ſolte [90]). Was nun hingegen die im bürgerlichen Rechte nicht beſtättigten natürlichen Zwangspflichten anbelangt, ſo iſt zwar die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, daß natürliche Zwangspflicht an ſich in foro civili nicht klagbar ſey, wenn ſie nicht durch Vorſchriften der Civilgeſetze zu dieſer Wirkung autoriſiret worden; allein, daß die Sache ſich gerade umgekehrt verhalte, und vielmehr alle natürliche Zwangs-

89) *L. 65. §. 2. D. de condict. indeb.* Man vergleiche auch hierbey *Sam. de* COCCEII in iure controverſo Lib. XII. Tit. 6. Qu. 5.

90) *L. cit. 65.* verb.: *quamvis falſo mihi perſuaſerim, repeti non poſſe.*

Zwangspflichten auch in bürgerlichen Gerichten völlig wirkſam ſeyn, ſofern nicht durch die Civilgeſetze nahmentlich eine Einſchränkung geſchehen, jene gemeine Lehrart alſo ganz irrig, ja der geſunden Vernunft, dem Sinn des römiſchen und kanoniſchen Rechts, auch der heutigen Gerichtspraxi offenbar zuwider ſey, iſt leicht zu erweiſen. Denn da **einmahl** im bürgerlichen Zuſtande niemand ſich eigenmächtigerweiſe Recht verſchaffen darf, ſondern die Mitglieder des gemeinen Weſens angewieſen ſind, ihre Rechte durch richterliche Hülfe geltend zu machen; ſo müſſen ja auch nothwendig die Gerichte ihrer Seits verbunden ſeyn, einem Jeden zur Erlangung ſeines vollkommenen Rechts zu verhelffen. Da nun dergleichen Zwangsrechte und Verbindlichkeiten an ſich allerdings auch ohne alle Vorſchrift der poſitiven Geſetze ſtatt finden können; ſo iſt nicht abzuſehen, wie der Richter eine aus dem natürlichen Zwangsrechte erhobene Klage blos darum verwerffen könne, weil das Civilrecht derſelben nicht gedenkt [91]). Mit dieſen allgemeinen Vernunftgründen ſtimmen aber auch **zweitens** die in Teutſchland geltende poſitive Rechte überein. Zwar iſt nicht zu läugnen, daß in dem römiſchen Geſezbuche verſchiedene Aeuſerungen enthalten ſind, und manche Stellen vorkommen, welche der gemeinen Theorie das Wort zu reden ſcheinen; allein dieſes darf uns gar nicht wundern, wenn wir bedenken, daß nach der Beſchaffenheit der ältern römiſchen Rechtsgelahrtheit und der Gerichtsverfaſſung faſt alles auf Formeln

[91]) Eben ſo urtheilen auſſer den oben angeführten H. Prof. Weber §. 44. auch *Io. Balth.* WERNHER in Diſſ. de auctoritate iuris civ. circa obligationes naturales. Viteb. 1701. NETTELBLADT in Syſtem. elem. Iurispr. poſit. Germ. comm. general. §. 281. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 87. n. 4.

meln und wörtliche Solemnitäten ankam, und daß nach dieſer Anlage manche im natürlichen Zwangsrecht beſtgegründete Verbindlichkeit dennoch in foro Romano darum kein Gehör fand, weil für das Factum, woraus dieſe Verbindlichkeit entſprungen, noch keine Klagformel erfunden war. Man erinnere ſich hierbey an den Handel des röm. Ritters C. Canius mit dem Pythius, den uns Cicero [92]) ſo unterhaltend erzählt; es war evident, daß Canius war hintergangen worden; ſed quid faceret? ſagt Cicero, *nondum enim* AQUILLIUS *protulerat de dolo malo formulas.* Allein ſeitdem die röm. Prätoren in ihren Edicten das alte formulariſche und ſtrenge röm. Recht auf billigere und dem Naturrecht mehr angemeſſene Grundſätze reducirt haben, und die röm. Juriſten ihnen in ihren Commentaren über das Edict auf dieſem Wege nachgefolget ſind, ſo herſcht eine ganz andere Sprache in den röm. Geſetzen. Nun wird überall der Richter mehr auf Naturrecht und natürliche Billigkeit, als auf den Buchſtaben der bürgerlichen Geſetze verwieſen. Placuit, ſo ſprechen die Kaiſer CONSTANTINUS und LICINIUS in *L.* 8. *Cod. de iudiciis*, in omnibus rebus praecipuam eſſe iuſtitiae *aequitatisque*, quam *ſtricti iuris* rationem; und an einem andern Orte *L.* 7. *pr. D. de in int. reſtitut.* reſcribirt *Divus* ANTONINUS: Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolemnibus: tamen, *ubi aequitas evidens poſcit*, ſubveniendum eſt. Wie deutlich iſt nicht ferner die Vorſchrift, welche dem Richter im *L.* 4. §. 1. *D. de eo quod certo loco* bey Gelegenheit gegeben wird: In Summa, *aequitatem* quoque ante oculos habere debet iudex. Noch eins. War nicht gerade zu dieſem Endzweck die ſogenannte *actio in factum* ganz vorzüglich eingeführt, daß ſie das allgemeine Rechtsmittel

ſeyn

92) de officiis Lib. III. c. 14.

ſeyn ſolte, natürliche Verbindlichkeiten, deren das bürgerliche Recht nicht gedenket, in foro civili geltend zu machen[93])? Wer hieran zweifelt, leſe nur, was **Papinian** ſagt in *L.* 1. *D. de praeſcr. verb.* Nonnunquam euenit, ut ceſſantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non poſſumus, facile deſcendamus ad eas, quae *in factum* appellantur; und **Pompon** erkennt bey dem Mangel, der in den bürgerlichen Geſetzen ſelbſt beſtimmten Klagen die Nothwendigkeit der actionum in factum in folgenden Worten der *L.* 11. *D. eodem*: Quia actionum non plenus numerus eſſet, ideo plerumque *actiones in factum* deſiderantur. Eben dieſes beſtärkt auch der Imperator ſelbſt §. *ult. I. de lege Aquilia.* durch folgendes Beiſpiel: Cum non ſufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri. Der Grund hiervon iſt kein anderer, als welchen **Paulus** an einem andern Ort *L.* 2. §. 5. *D. de aqua et aquae pluviae* mit folgenden Worten anführt: *hoc aequitas ſuggerit*, etſi iure deficiamur[94]). Wer nun bey ſo klar redenden Geſetzen noch einen Augenblick daran zweifeln wolte, ob eine aus der bloſen natürlichen Billigkeit erhobene Klage nach dem römiſchen Rechte zuläſſig ſey, der müßte mit Vorſaz der Wahr-

[93]) *Chr. Frid. Ge.* MEISTER Diſſ. de in factum actionibus Goettingae 1748. in Syllog. I. Opuſcul. N. VII.

[94]) Mit Recht ſagt daher J. L. Schmidt im praktiſchen Lehrbuch von gerichtl. Klagen u. Einreden (Jena 1786.) §. 26. S. 24. „Sonſt bedeutet *actio in factum* diejenige Klage, welche weder aus den Worten noch aus dem Sinn der Geſetze, ſondern aus der Billigkeit entſpringet.

Wahrheit widerſprechen wollen [95]). Noch viel wenigern Zweifel aber iſt die Sache nach den kanoniſchen und heutigen teutſchen Rechten unterworffen. Denn ſo will das kanoniſche Recht, welches in proceßualiſchen Materien dem römiſchen Rechte vorzuziehen iſt, ausdrücklich, daß nicht mit Spitzfindigkeit unterſucht werden ſolle, was für eine Klage angeſtellet ſey, ſondern es ſoll nur auf die Sache ſelbſt Rückſicht genommen werden, *cap. 6. X. de iudiciis* [96]). Die Teutſchen endlich haben nie eine feſtgeſezte Anzahl der Klagen gehabt, ſagt einer unſerer berühmteſten heutigen Rechtsgelehrten [97]), ſondern die Verbindlichkeiten blos nach der natürlichen Billigkeit abgemeſſen. Nie aber iſt der römiſche Proceß, am wenigſten das Formularrecht, zur Anwendung gekommen. Die heutigen Rechtslehrer tragen daher mit Recht kein Bedenken, da aus der natürlichen Billigkeit Klagen zu verſtatten, wo die römiſchen Geſetze keine eingeführt haben [98]). Inzwiſchen dürfen auch hier die Grenzen nicht überſchritten werden. Soll nehmlich eine Klage in einem Fall, wo weder aus den Worten noch aus

95) Noch mehrere Beweisſtellen hat H. Prof. Weber a. a. Ort §. 46. S. 126. geſammlet.

96) Die Worte dieſes *cap.* verdienen ſelbſt hier angeführt zu werden: *Provideamus attentius, ne ita ſubtiliter, ſicut a multis fieri ſolet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, ſed ſimpliciter et pure* FACTUM IPSUM, *et* REI VERITATEM *ſecundum formam canonum, et ſanctorum patrum inſtituta, inveſtigare curetis.*

97) D. Juſt. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proces (Göttingen 1786.) 1. Th. 1. Abſchn. 1. Hauptſt. §. 1. not. b. S. 2. u. f.

98) So z. B. verſtatten Huber in Praelect. ad Inſtitut. *tit. de Rer. diviſ.* §. 40. und Heineccius in Elem. iur.

aus dem Sinn der Civilgeſetze dergleichen entſpringt aus der bloſen natürlichen Billigkeit zugelaſſen werden, ſo wird hierbey vorausgeſezt, a) daß die Billigkeit nicht wider ein ausdrückliches und noch geltendes Geſez anlaufe; b) daß ſie in einem unläugbaren Grundſatze des natürlichen Rechts gegründet ſey; und c) ein Zwangsrecht zum Grunde habe.

Ich wende mich nun zu der Ausnahme von der Regel, oder zu denjenigen beyden Fällen, worauf man gewöhnlich das Verhältnis aller natürlichen Verbindlichkeiten, die in den Civilgeſetzen nicht wiederholt beſtätiget worden ſind, in Abſicht der gerichtlichen Wirkung zu reduciren pflegt. Natürliche Verbindlichkeiten können nehmlich im Staat entweder gänzlich reprobirt, und durch poſitive Geſetze ſchlechterdings aufgehoben, oder auch nur der gerichtlichen Wirkung nach eingeſchränkt ſeyn. Im erſtern Fall ceſſirt nicht nur alle gerichtliche Wirkung derſelben, ſondern es hört auch auf Seiten des Schuldners ſelbſt die natürliche Zwangspflicht dergeſtalt auf, daß dasjenige, was vermöge einer ſolchen gänzlich deſtruirten Verbindlichkeit dennoch aus Irrthum, ja unterweilen auch wiſſentlich, indebite gezahlet worden, wieder zurückgefordert werden kann. Ehe wir jedoch hierüber weiter ins Detail gehen können, wird es nöthig ſeyn, diejenigen Fälle auseinander

iur. civ. ſec. ord. Inſtitut. §. 320. not.*) wider den *L 48. D. de Rei Vind.* u. *L 33. D de condict. indeb* heut zu Tage mit Recht die Klage nach der natürlichen Billigkeit (actionem in factum) demjenigen, welcher auf fremden Grund und Boden gebauet hat. Siehe auch Höpfner im Commentar über die Inſtitut. § 320.

ander zu ſetzen, wo die natürliche Verbindlichkeit nach der Vorſchrift des Civilrechts gänzlich wegfällt. Hierher gehört einmahl, wenn die poſitiven Geſetze gewiſſe natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen aus beſondern Urſachen durchaus verbieten, und dergeſtalt für ungültig erklären, daß gleich Anfangs keine Verbindlichkeit daraus im Staat entſtehen kann. Die Gründe, wodurch bürgerliche Geſezgeber veranlaſſet werden können, natürlich erlaubte Handlungen zu verbieten, und die daher entſtehende mancherley Claſſen der verbietenden Poſitivgeſetze haben wir oben ſchon erörtert. (§. 14. S. 99.) Zweitens: wenn der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit zur Strafe des Gläubigers wegen Uebertretung verbietender oder gebietender Geſetze dergeſtalt aufgehoben wird, daß die Geſetze dem Gläubiger nicht blos richterliche Hülfe verſagen, ſondern ihre Abſicht dahin gehet, ihm eine ſonſt auch gegründete Forderung ſelbſt abzuſprechen, alſo nicht blos die Ausübung ſeiner Befugnis einzuſchränken, ſondern ihn ſeines ganzen Rechts an ſich verluſtig zu erklären. Wir finden dieſes in folgenden Fällen: a) wenn die Abtretung einer Schuldforderung an einen Mächtigern geſchiehet [99]. b) Wenn der Gläubiger, um ſeine Befriedigung zu erhalten, ſich der verbotenen Selbſthülfe bedient [100]. In beyden Fällen iſt nicht blos Verluſt der Klage, ſondern des ganzen Rechts an ſich zur Strafe geordnet, und daher fällt auch nothwendig die natürliche Zwangspflicht gänzlich weg. Denn iſt es gewiß, daß die Geſetze gewiſſe Handlungen des Gläubigers mit dem ganzen Verluſte ſeines Rechts beahnden können, was nicht leicht jemand leugnen wird;

So

99) *L. 2. C. ne liceat potentior.*

100) *L. 13. D. quod metus cauſa.*

So kann ja nicht füglich den Schuldner eine natürliche Verbindlichkeit treffen, wenn das bürgerliche Verhältnis macht, daß auf Seiten des Gläubigers gar kein Recht mehr vorhanden iſt [1]). Frägt man nun, in wiefern in den Fällen einer reprobirten oder ganz aufgehobenen natürlichen Verbindlichkeit die repetitio ſoluti zuläſſig ſey? ſo iſt nach einer richtigern Meinung ein Unterſchied zu machen, ob wegen eines bürgerlichen Verbots gleich Anfangs aus dem gegen daſſelbe unternommene Geſchäfte keine rechtliche Verbindlichkeit ent-

 ſte-

[1]) Dieſem iſt *L. 19. pr. D. de condict. indeb.* keinesweges entgegen, wo es heißt: *Si poenae cauſa eius, cui debetur, debitor liberatus eſt; naturalis obligatio manet* Denn dieſe Stelle beziehet ſich lediglich auf ſolche Verordnungen des Civilrechts, welche dem Gläubiger blos die Klage entziehen, und inſofern den Schuldner befreyen; nicht aber auf ſolche Geſetze, wodurch der Gläubiger ſeines ganzen Rechts verluſtig erkläret wird. Deutlicher wird dieſes in *L. 9. §. 4. D. ad SCtum Macedon.* auseinander geſezt: Hi demum ſolutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, *non quoniam exonerare eos lex voluit.* Es iſt alſo in jedem einzelnen Falle die bürgerliche Diſpoſition ihrem ganzen Inhalte nach genau zu prüfen, und hieraus zu beſtimmen, ob dem Gläubiger das ganze Recht an ſich abgeſprochen, oder ihm nur gewiſſe Rechtsmittel verſagt worden ſind, in welchem leztern Fall die natürliche Verbindlichkeit in ſo weit fortdauert, als ihr die gerichtliche Wirkung nicht entzogen worden iſt. Z. B. Wenn ein Vormund bey Uebernehmung der Vormundſchaft ſeine Forderung an den Pupillen verſchwiegen, ſo wollen ihn die Geſetze mit ſeiner Klage nicht weiter gehört wiſſen *Nov. 72. c. 4.* Da ſie ihn alſo nicht mit dem Verluſt ſeines ganzen Rechts beſtrafen, ſo verſtehet es ſich von ſelbſt, daß die natürliche Verbindlichkeit mit allen übrigen nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdauere. S. Weber im angef. Buch 3. Abth. 6. Abſchn. §. 92. S. 54. und §. 94. S. 64.

ſtehen können, oder ob ein ſolcher Fall vorhanden, wo die bürgerlichen Geſetze einer wirklich vorhandenen und bisher völlig klagbaren Verbindlichkeit zur Strafe des Gläubigers ihre Wirkung ganz wiederum entzogen haben. Im leztern Fall findet die Zurückforderung nur alsdenn ſtatt, wenn die Zahlung aus Irrthum geſchehen. Denn zahlet der Schuldner dennoch wiſſentlich und freywillig ſeinem Gläubiger dasjenige, was lezterer den Rechten nach gar nicht weiter hätte fordern dürfen, ſo wird rechtlich vermuthet, daß die Zahlung animo donandi geſchehen ſey, in welchem Fall die Geſetze keine Repetition der einmahl geleiſteten Zahlung geſtatten [2]). Im erſtern Fall muß man wiederum auf den Grund des bürgerlichen Verbots, und das perſöhnliche Verhältnis deſſen, der die Zahlung geleiſtet hat, Achtung geben, und daraus beurtheilen, wie weit die Zurückforderung des Gegebnen freyſtehe. Hier kommen nun beſonders diejenigen Fälle in Betrachtung, die wir ſchon oben in der Theorie vom verbietenden Rechte im Allgemeinen angegeben haben. (S. 99. u. folg.) Wir diſtinguiren demnach in Grundlage derſelben nun folgender geſtalt. Das bürgerliche Geſez hat entweder diejenige Handlung allgemein verboten, zu deren Erfüllung die Zahlung geſchehen; oder nur allein gewiſſen Perſohnen zu ihren eignen Beſten die Befugnis genommen, diejenige rechtliche Handlungen einzugehen, die ſie gegen das Geſez dennoch unternommen haben. Im leztern Fall iſt beſonders das perſöhnliche Verhältnis deſſen in Obacht zu nehmen, der die Zahlung geleiſtet hat. Iſt dieſer Contrahent eine ſolche Perſohn, der überhaupt die rechtlichen Erforderniſſe ſich gültig zu verbinden, ermangeln, ſo iſt es auſſer allen Zweifel,

2) *L. 53. D. de Reg. Iur.* Cuius per errorem dati repetitio eſt, *eius conſulto dati donatio eſt.*

fel, daß, wenn ein ſolcher ſich dennoch in Rechtsgeſchäfte eingelaſſen, und ſolche erfüllet hat, die Zurückforderung des Gezahlten allerdings zuläſſig ſey, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung wiſſentlich, oder aus Irthum geleiſtet worden. Z. B. Wenn Pupillen, oder gerichtlich declarirte Verſchwender ohne vormundſchaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt haben, ſo iſt die von ſolchen Perſohnen geſchehene Zahlung an ſich ſchon unkräftig, weil ſie nicht über das Ihrige eigenmächtig diſponiren können: mithin ſiehet ein Jeder, daß in einem ſolchen Falle repetitio ſoluti um ſo mehr ſtatthaben müſſe, weil bey ihnen die ſonſtigen Folgen einer freywillig geleiſteten Erfüllung nicht zutreffen können [3]). Iſt hingegen Contrahent eine Perſohn, die zwar nach den Geſetzen überhaupt die Fähigkeit hat, ſich verbindlich zu machen, auch über ihr Vermögen ungehindert diſponiren kann, allein die Geſetze haben ihr dennoch zu ihrem eigenen Beſten die Eingehung des von ihr erfüllten Geſchäfts unterſagt, damit ſie nicht durch ungebührliche Beredungen und übereilte Zuſagen um das Ihrige gebracht werden möchte; ihr aber doch übrigens eine rechtsverbindliche Ratihabition zugelaſſen, wenn dabey ſolche Umſtände eintreten, die den ernſtlichen und freyen Willen einer ſolchen Perſohn hinlänglich zu Tage legen; wie dies der Fall bey einer Frauensperſohn iſt, wenn ſie ſich verbürgt hat; ſo kommt

 es

[3]) Dies lehrt auch Ulpian in folgenden Worten der *L. 29. D. de condict. indeb.* ganz deutlich. Interdum *perſona* locum facit repetitioni, utputa ſi pupillus ſine tutoris auctoritate, vel furioſus, vel is, cui bonis interdictum eſt, ſolverit. Nam in his perſonis *generaliter* repetitioni locum eſſe non ambigitur. Man ſehe auch *L. 41. D. eodem.* Desgleichen COCCEII in Iure civ. controv. Lib. XII. Tit. VI. Qu. 7.

es nun bey geſchehener Erfüllung eines ſolchen verbotenen Geſchäfts darauf an, ob dieſelbe wiſſend, daß das eingegangene Geſchäft z. B die übernommene Bürgſchaft, zu Recht nicht beſtändig ſey, dennoch freywillig Zahlung geleiſtet, oder ob ſolche aus Irthum geſchehen. So deutlich nun im leztern Fall die Repetition in denen Geſetzen geſtattet wird [4]), ſo wenig iſt ſie im erſten Fall für zuläſſig zu halten, weil die Geſetze hier nicht ohne Grund annehmen, daß unter ſolchen Umſtänden an einem freyen und hinlänglich überlegten Entſchluſſe nicht füglich weiter zu zweifeln ſey [5]). Iſt nun aber der oben angeführte erſte Fall vorhanden, wo die Handlung nicht blos gewiſſen Perſohnen, ſondern allgemein verbothen iſt, ſo entſtehet die Frage, ob und in wiefern hier dasjenige, was zur Erfüllung eines ſolchen verbotenen Geſchäfts gegeben oder bezahlet worden, wiederum zurückgefordert werden könne [6])? Nach der gemeinen Lehre, vermöge welcher die ſogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit die condictionem indebiti allemahl zur Begleiterin haben ſoll, pflegt man die Regel zu formiren, daß in ſolchen Fällen die geſchehene Zahlung immer zurückgefordert werden könne Allein daß dieſe Theorie höchſt ſchwankend und unzuverläſſig ſey, wird die Folge lehren. Man mache vielmehr ſol-

4) *L. 40. D. de condict. indeb.* und *L. 9. Cod. ad SCtum Vellejanum.*

5) *L. 26. §. 3. D. de cond. indeb.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XVI. Tit. 1. §. 12. fügt auch noch beſonders den Grund hinzu: *quoniam conſulto dati indebiti donatio eſt, donanti autem non ſuccurritur.* Allein man ſehe, was dagegen Herr Prof. Weber im IV. Abſchn. §. 77. not. 346. S. 335. erinnert hat.

6) Hierbey vergleiche man beſonders Webers angef. Buch §. 75 - 77.

folgenden Unterſchied: Entweder verſiren beyde Theile, die den verbotenen Handel mit einander geſchloſſen haben, in pari turpitudine; oder es iſt nur der Gläubiger allein derjenige, dem eigentlich die Uebertretung der Geſetze vorzuwerffen, weil er ſich auf eine ungerechte Art zum Schaden des Schuldners zu bereichern ſucht; der Schuldner hingegen der, dem die Geſetze gegen die Gewinnſucht des erſtern ihren Schuz angedeihen laſſen. Iſt das Erſtere, ſo kann eigentlich keine Zurückforderung des Gegebenen in der Regel ſtatt finden, wofern der Kläger nicht etwa ein Geſez für ſich anzuführen vermöchte, ſo ihn ſelbſt ausdrücklich dazu autoriſirte. Denn einmahl bringt dieſes ſchon die Natur der Sache ſelbſt mit ſich, daß wir gegen den, der mit uns gemeinſchaftlich die Geſetze übertreten hat, keinen Regres zu unſerer Entſchädigung nehmen können. Zweitens beſtärken dieſes auch deutliche Geſetze, welche die Regel enthalten: ubi et dantis et accipientis turpitudo verſatur, ſolutum repeti non poſſe [7]). Es wird nicht undienlich ſeyn, einige Fälle anzuführen, in welchen zu Folge unſerer Regel die Zurückforderung einer aus verbotenen Verträgen geleiſteten Zahlung aus den angeführten Gründen wegfällt. Dahin gehört 1) der Fall, wenn eine Sache verkauft worden, deren Veräuſſerung die Geſetze verbieten. Zwar hat bey dieſem Fall der gemeine Lehrbegrif manchen Widerſpruch unter denen Rechtsgelehrten veranlaßt, und einige wirklich zur Behauptung des Gegentheils verleitet [8]). Allein da dieſes ſchon von andern gründlich widerlegt worden iſt,

7) *L. 3. u. 8. D. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* Conf. *Gebh. Chriſt.* BASTINELLER Diſſ. de pari turpitudine. Vittemb. 1734. §. XII.

8) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. CXC. med. 1.

ſo dürfen wir uns dabey nicht weiter aufhalten [9]). Ein gleiches iſt 2) auch von dem Falle zu behaupten, wenn die Geſetze gewiſſe Perſohnen vom Erwerb gewiſſer Sachen ausſchlieſſen, z. B. die Juden in Anſehung der unbeweglichen Güter; ingleichen wenn dieſes oder jenes Gewerbe gewiſſen Perſohnen unterſagt iſt. Wer ſich mit ſolchen Perſohnen in Handel einläßt, kann dasjenige, was er ihnen einmahl gegeben und bezahlt hat, für ſeine Perſohn nicht wieder zurückfordern. Ferner 3) wenn jemand zu einem verbotenen Spiele wiſſentlich Geld dargeliehen, ſo ihm aber hernach von dem Spieler freywillig wieder bezahlet worden iſt; auch hier findet keine Zurückforderung ſtatt. Denn es iſt unleugbar, daß beide Theile die Geſetze übertreten haben, und eine ſpeciellere Verordnung, welche die Zurückforderung des einmahl bezahlten geſtatten ſollte, findet ſich nirgends. Eigentlich ſollte nun auch nach dieſen Grundſätzen die Zurückforderung einer bezahlten Spielſchuld dem Mitſpieler ſelbſt nicht freyſtehen. Denn er hat doch gewiß im Ganzen eben ſo unerlaubt gehandelt, als der anderere, dem das Glück günſtiger geweſen. Da aber gleichwohl ausdrückliche Geſetze dem Mitſpieler die Condiction durchgängig geſtatten [10]), ſo iſt dieſes freylich als Ausnahme von der obigen Regel anzuſehen, wenn ſie gleich mit keinem andern Grunde, als dem bekannten: ita lex ſcripta eſt, zu unterſtützen ſeyn dürfte. Ich komme nun noch auf den lezten Fall, wenn die Geſetze nur eigentlich dem Gläubiger die Uebertretung der Geſetze zur Laſt legen, weil er ſich auf eine unbillige Art zum Schaden des Schuldners zu bereichern ſucht; zum Beiſpiel dient der unerlaubte Wucher, der commiſſoriſche Vertrag bey Verpfändungen, das pactum de quota litis

[9]) Weber am angef. Ort §. 76. S. 323.

[10]) *L. 3. Cod. de aleatoribus.*

litis u. a. m. In allen dieſen Fällen iſt es auſſer allen Zweifel, daß die Zurückforderung des ungebürlichen Vortheils ſtatt finde, und es iſt hier völlig einerley, ob die Zahlung wiſſentlich oder aus Irrthum geſchehen ſey [11]. Denn hier kann keine gültige Ratihabition geſchehen, weil in den angeführten Fällen die Geſetze durchaus nicht wollen, daß der gewinnſüchtige Gläubiger des ungerechten Vortheils theilhaftig werde. Ueberhaupt läſſet ſich hier die Regel formiren; **Wenn die bürgerlichen Geſetze gewiſſe Verträge und Geſchäfte dergeſtalt verbieten, daß keine Ratihabition derſelben gültig ſeyn ſolle, weil ihre Abſicht vorzüglich dahin gehet, daß niemand durch liſtige Beredung anderer um das Seinige gebracht werde, wenn er auch gleich ſonſt über ſein Vermögen frey diſponiren kann, mithin dem gemeinen Weſen ſelbſt daran liegt, daß das Gegebene oder Bezahlte gerade demjenigen verbleibe, der ſich deſſen entäuſſern wollen, damit derſelbe nicht dereinſt als Bettler dem Staat zur Laſt falle, ſo findet repetitio ſoluti allemahl ſtatt, wenn gleich der Empfänger vorſchützen wollte, daß der andere Theil nicht durch Irrthum zur Zahlung veranlaßt, ſondern ſolche wiſſentlich geleiſtet hätte.** Wenn daher z. E. Jemand, dem zu ſeiner künftigen Alimentation gewiſſe Güter vermacht worden, ohne des Richters Zuſtimmung einen Vergleich ſchließt, und im Gefolge deſſelben die

11) S. D. *Ad. Diet.* WEBER Comment. de uſuris indebite ſolutis earumque tam repetitione quam in ſortem imputatione. (*Suer. Buetz.* et *Wism.* 1783. 8.) §. XIV. S. 66.

vermachten Stücke weggiebt, ſo ſagen unſere Geſetze [12]): *apparet poſſe repeti, quod datum eſt; quia transactio Senatusconſulto infirmatur;* und ſo iſt es auch in Anſehung desjenigen, was über 500. Solidos ohne gerichtliche Inſinuation iſt geſchenket worden [13]). Genug von den ſogenannten obligationibus naturalibus reprobatis. Wir haben nun noch zulezt von denenjenigen natürlichen Verbindlichkeiten zu handeln, deren gerichtliche Wirkung durch die poſitiven Geſetze nur zum Theil eingeſchränkt, nicht aber ganz aufgehoben worden.

Frägt man nun, in wiefern dieſelben der gerichtlichen Wirkung nach durch die bürgerlichen Geſetze eingeſchränkt ſeyen, ſo iſt die gewöhnliche Antwort dieſe: Es finde wegen ſolcher Verbindlichkeiten nur keine Klage, wohl aber die ganze Summe aller übrigen gerichtlichen Wirkung ſtatt. Allein denkt man ſich den ganzen Umpfang der gerichtlichen Wirkungen einer volkommenen Verbindlichkeit, ſo wird man leicht einſehen, daß die Einſchränkung derſelben auf weit mehr, als eine Art, geſchehen könne. Jede Befugnis, wenn ſie in einem wirklichen Zwangsrechte beſtehet, berechtiget uns a) unſere Forderung vermittelſt einer Klage zu verfolgen, und zwar dahin, daß wir b) gänzlich ohne Abzug, auch c) zur gehörigen, durch Vertrag oder Geſez beſtimmten Zeit befriediget werden. Der Schuldner muß auch d) gerade dasjenige leiſten, was ihm wirklich obliegt, nicht, wie man ſagt, aliud pro alio; der Creditor aber iſt berechtiget, e) ſeine Schuld mit ſeiner Forderung zu compenſiren, f) ſich an die Bürgen und Pfänder zu halten, und was ſonſt noch für rechtliche Wirkungen eintreten können. So mancherley nun alſo die Rechte des

12) *L. 23. §. 2. D. de condict. indeb.*

13) *L. 27.* und *36. §. 3. C. de donationib.*

des Gläubigers und die Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit ſind, ſo laſſen ſich auch natürlicher weiſe hier eben ſo viele Einſchränkungen gedenken, als es Fälle geben kann, und wirklich giebt, wo bald die eine, bald die andere Wirkung durch Vorſchrift poſitiver Geſetze entweder ganz oder nur zum Theil entfernet iſt. Gehen wir nun die bürgerlichen Geſetze durch, ſo zeigt ſich auch dieſe Verſchiedenheit wirklich. Bald iſt wegen einer natürlichen Verbindlichkeit die alleinige Klage durchaus unzuläſſig; So z. B. iſt es ein Grundſaz des römiſchen Rechts, daß die ſimplen Verträge (pacta nuda) keine Klage hervorbringen; Eben ſo wenig hat auch aus einer Geldanleihe ſolcher Perſohnen, die noch unter der väterlichen Gewalt ſtehen, eine Klage ſtatt. Bald iſt die Klage nur in gewiſſer Hinſicht unſtatthaft, ſo daß, z. B. nicht die ganze Schuld, ſondern nur ein Theil davon, eingeklagt werden kann. Hierher gehören vorzüglich diejenige Verordnungen des bürgerlichen Rechts, vermöge deren einem Schuldner zur Befriedigung ſeines Gläubigers durch richterliche Hülfe nicht mehr genommen werden darf, als es der ſtandesmäſige nothwendige Unterhalt deſſelben zuläſſet, welches man das *beneficium competentiae* nennet. Die einzelnen Fälle, worin es ſtatt findet, werden in der Folge gelegentlich vorkommen. Bald muß der Gläubiger aliud pro alio annehmen, welches in denen Fällen geſchiehet, wo dem Schuldner das *beneficium dationis in ſolutum* zuſtehet, wovon beym §. 1930. Bald darf der Gläubiger auf den ordentlichen Zahlungs-Termin nicht beſtehen, ſondern er muß dem Schuldner Nachſicht gönnen u. d. m. Daß alſo die Lehre derjenigen, welche die ganze Einſchränkung des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten lediglich darauf reduciren, daß die Klage gänzlich wegfalle, alle übri-

ge Wirkungen aber fortdaurend blieben, offenbar unzulänglich ſey, fällt in die Augen. Schon dasjenige, was der röm. Juriſt Paulus [14]) ſagt: Natura-

[14]) *L. 10. D. de obligat. et actionib.* Julian ſagt das nehmliche faſt mit denſelbigen Worten in *L. 16. §. 4. D. de fidejuſſor.* Aus dem Zuſammenhange der leztern Stelle ſiehet man, daß die oben angeführten Worte in Beziehung auf die Bürgſchaft zu erklären ſind. Denn im vorhergehenden §. 3. hatte Julian die allgemeine Regel vorgetragen: *Fideiuſſor* accipi poteſt, quotiens eſt *aliqua obligatio* civilis, vel *naturalis.* Da nun die natürlichen Verbindlichkeiten von verſchiedener Qualität und Wirkung ſind, indem einige eine Klage hervorbringen, andere nur eine Einrede geben; ſo konnte leicht Zweifel entſtehen, ob auch in Anſehung natürlicher Verbindlichkeiten der leztern Art eine gültige Fidejuſſion ſtatt finde. Dieſem Zweifel zu begegnen, ſezt Julian §. 4. des gedachten Geſetzes noch hinzu: *Naturales obligationes* non eo ſolo aeſtimantur, ſi *actio aliqua* earum nomine competit, verum etiam cum ſoluta pecunia *repeti non poteſt*; und giebt hiermit zu erkennen, daß in der Materie von Bürgſchaften beyderley Arten der natürlichen Verbindlichkeiten zu verſtehen ſind. So fällt nun alle Schwierigkeit der oben angeführten Worte der *L. 10.* ganz weg, und es iſt gar nicht nöthig, zur Critic ſeine Zuflucht zu nehmen, und mit *Franc.* HOTOMANNUS Lib. III. *Obſervation.* cap. 2. zu leſen: *actio* NON *competit.* Noch eins kann ich hier nicht unbemerkt laſſen. Die Inſcription der mehrgedachten *L. 10. D. de O. et A.* lautet in den gemeinen Ausgaben, wie in der Florentiniſchen, ſo: PAULUS *lib. 47. ad Sabinum.* Allein Paulus hat nur *Libros XVI. ad Sabinum* geſchrieben. Dies erweißt der Index Pandectarum florentinus. Wahrſcheinlich iſt alſo hier eine Verwechſelung der Nahmen Ulpian und Paulus vorgegangen. Denn, daß erſterer *Libros LI. ad Sabinum* geſchrieben, iſt gewiß. Ulpian hat auch gerade im 47ſten Buch

turales obligationes non eo ſolo aeſtimantur, ſi *actio aliqua* earum nomine competit: verum etiam eo, ſi ſoluta pecunia repeti non poſſit, macht jene Theorie äuſſerſt bedenklich, wenn wir zumahl erwägen, daß ſogar gegen einen Pupillen, welcher ohne Einwilligung des Vormunds contrahirt hat, die Klage nicht durchaus wegfalle, ſondern, daß er bekanntlich belangt werden könne, inſoferne er durch den Handel reicher geworden. *Naturaliter* obligabitur ſc. pupillus, ſo lauten die Worte des Ulpians [15]), in quantum *locupletior* factus eſt, hinc in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, *in quantum locupletior factus eſt*, dandam eſſe, D. Pius reſcripſit. Hier iſt alſo, wie ein jeder von ſelbſt ſiehet, eine natürliche, in Anſehung des gerichtlichen Effects eingeſchränkte Verbindlichkeit vorhanden, wobey jedoch das Recht zu klagen nicht gänzlich wegfällt, ſondern nur gewiſſermaſſen limitirt iſt [16]). Aus allem dieſem ergiebt ſich nun ſoviel, daß wenn die römiſchen

Buch *ad Sabinum* von den Fidejuſſoren gehandelt, wie man aus der Vergleichung der aus eben dieſem Buche genommenen Stellen unſerer Pandecten beym *Abr.* WIELING in Iurisprud. reſtituta S. 314. deutlich ſiehet, und es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß *L. 10.* zwiſchen die *L. 6.* und *8. D. de fidejuſſor.* ſeinen ehemaligen Sitz behauptet habe. Eben dieſer Meinung iſt auch der berühmte ehemalige ICtus Groninganus PETRUS *de* TOULLIEU in denen von Joh. Wolbers herausgegebenen Collectaneis iuris civilis Diſſ. IV. cap. 4. S. 183. u. ff.

15) *L. 5. pr. D. de auctorit. tutor.*

16) Eben dieſes hat auch ſchon *Ge. Chriſtph.* NELLER in Diſſ. de obligatione praeſertim naturali (in *Opuſc.* T. I. P. I. S. 151. und folg.) §. X. richtig eingeſehen.

miſchen Geſetze von einer natürlichen Verbindlichkeit reden, ſie nicht immer darunter eine ſolche verſtehen, wegen welcher keine gerichtliche Klage ſtatt findet, ſondern ſie verſtehen vielmehr eine ſolche Obligation, welche an ſich zwar nach Vorſchrift der geſunden Vernunft dem in der bürgerlichen Societät ſich befindenden Menſchen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden iſt, nicht hervorbringt; und dieſe wird die **natürliche Verbindlichkeit im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts** genennet [17]) Noch eins darf ich hierbey nicht unberührt laſſen, nehmlich dieſes, daß die bürgerlichen Geſetze die gerichtliche Wirkung einer

[17]) Weber a. a. O. §. 55. Das Wort natürlich wird hier dem bürgerlichen entgegengeſezt, und unter jenem alles dasjenige verſtanden, was an ſich zwar wirklich vorhanden iſt, jedoch vermöge der bürgerlichen Geſetze diejenige Gültigkeit und Wirkung nicht hat, welche nach Vorſchrift des bloſen Naturrechts ſtatt finden würde Es findet dieſe Bedeutung nicht blos ſtatt, wenn die römiſchen Geſetze von einer *obligatione naturali* reden, ſondern auch wenn ſie von einem dominio naturali, ſo z. B. der Frau während der Ehe am Brautſchaz zuſtehet, ferner von einer *cognatione naturali*, die aus unehelichem Beiſchlaf, oder auch bey den Römern aus einer Sclavenehe entſtund, reden. Uebrigens bemerke ich noch hierbey, daß die natürliche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect nicht hat, eine uneigentliche, *impropria* ſeu *abuſiva* von den röm. Juriſten genennt zu werden pflegt, *L. 16. §. 4. D. de fideiuſſ. L. 41. D. de peculio*, weil nur eine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit im Sinn des Civilrechts *Obligatio* genennt wird, wie ich ſchon oben S. 21. bemerkt habe.

einer natürlichen Verbindlichkeit nicht immer dergeſtalt eingeſchränkt haben, daß der völlige Effect keinen Anfang gewinnen können, ſondern es giebt auch Fälle, wo durch die Geſetze einer bisher völlig wirkſamen Verbindlichkeit der weitere Effect aus Gründen verſagt worden, welche nach natürlichen Rechten an ſich den Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit nicht befreyen, noch die Befugnis des Gläubigers einſchränken. Dahin gehört, wenn der Gläubiger die zur gerichtlichen Verfolgung ſeines Rechts beſtimmte Zeit verſäumt hat; deßgleichen wenn die Geſetze den Gläubiger zur Strafe wegen Uebertretung verbietender oder gebietender Geſetze die **Befugnis zu Klagen** abſprechen, ohne jedoch das Recht deſſelben, und die Verbindlichkeit des Schuldners an ſich aufzuheben [18]) und dergleichen Fälle mehr [19]). Da in allen dieſen Fällen die Geſetze dem Gläubiger nur blos die Rechtshülfe verſagen, und ihn mit ſeiner Klage nicht weiter gehört wiſſen wollen, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß die übrigen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit doch noch immer fortdauern, welche ihm die Geſetze nicht wirklich abgeſprochen haben. So wenig ſich alſo der Schuldner in dieſen Fällen ermächtigen kann, das Bezahlte wieder zurückzufordern, ſo muß dem Gläubiger auch immer noch die Befugnis verbleiben, ſich durch Compenſation, Retention u. ſ. w. zu dem Seinigen

18) *L. 19. pr. D. de condict. indeb. L. 9. §. 4. D. ad SCt. Macedon.* Ein anderes iſt es, wenn die Geſetze den Gläubiger zur Strafe ſeines ganzen Rechts verluſtig erklärt haben, wovon oben bey den reprobirten natürlichen Verbindlichkeiten gehandelt worden iſt.

19) Man vergleiche hier Weber im angef. Buch 3. Abth. 6. Abſchn. 1. Kap. §. 90. ff.

gen zu verhelffen [20]. Soviel von denen natürlichen Verbindlichkeiten im ſtrengſten Sinn des Civilrechts, welche in den bürgerlichen Gerichten nicht völlig wirkſam ſind; nun könnte zwar noch manches über die Wirkungen des Pfandrechts, der Bürgſchaft, des Eides, der Compenſation, des Conſtitutums, u. ſ. w. in Anſehung dieſer natürlichen Verbindlichkeiten geſagt werden [21], damit ich jedoch die nöthige Grenzen nicht überſchreite, ſo behalte ich mir vor, von dieſen Gegenſtänden an denjenigen Orten der Pandecten zu handeln, wo dieſe Materien ſelbſt vorkommen werden. Da inzwiſchen **Hellfeld** in dieſem §. uns noch auf den Begrif der **Billigkeit** hinleiten will, ſo wird es nöthig ſeyn, auch hiervon die nöthige Erläuterung zu geben, zumahl da der Unterſchied zwiſchen **Recht** und **Billigkeit** gröſtentheils auf undeutlichen Begriffen beruhet [22]. **Hellfeld** ſagt, die natürliche nicht reprobirte Verbindlichkeit komme unter dem Nahmen der Billig-

keit

20) Die dagegen gemachten Einwürffe einiger Rechtsgelehrten hat Herr Prof. Weber a. a. O. 6. Abſchn. §. 92. und ff. gründlich widerlegt.

21) Hiervon handelt P. Weber im 8. 9. 10. und 11. Abſchnitt ſeines mehrgedachten claſſiſchen Werks.

22) Ueber die Billigkeit, deren rechtmäſige Anwendung, und ihren Unterſchied vom ſtrengen Recht iſt viel geſchrieben Man findet die Schriften beym LIPENIUS in Biblioth. real. iurid. T. I. S. 36. u. folg. und in Schotts *Supplement*. S. 14. vollſtändig angeführt. Ich ſetze nur noch folgende hinzu: *Ge Chriſtoph.* NELLERI Principia iuris de aequitate; in *Opuſculis* T. I. P. I. N. II. S. 16 - 27. und Ernſt Ferd. Kleins Abhandlung über die Billigkeit bey Entſcheidung der Rechtsfälle, in Deſſelben Annalen der Geſezgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den Preuß Staaten 1. Band (Berlin u. Stettin 1788.) S. 357 - 390.

feit im römiſchen Rechte vor. Ganz unrecht hat er nicht, denn in der angeführten *L.* 95. §. 4. *D. de ſolut.* wird die natürliche Verbindlichkeit *vinculum aequitatis* genennt; und daß von einer nicht reprobirten natürlichen Verbindlichkeit daſelbſt die Rede ſey, erhellet daraus, weil in dem angeführten Geſez geſagt wird, daß ſie durch den Vertrag, wodurch der Gläubiger ſeine Forderung dem Schuldner erläßt, ipſo iure, d. i. ſofort, und ſelbſt dem ſtrengen Rechte nach, aufgehoben werde. Allein das Wort *aequitas* iſt im römiſchen Rechte mehr bedeutender, als daß die angegebene Erklärung von Billigkeit alles erſchöpfen ſollte. **Billigkeit**, wenn dieſe dem ſtrengen Rechte (*iuri ſummo, ſtricto, rigori iuris*) entgegengeſezt wird, bezeichnet erſtlich alles dasjenige, was mit den natürlichen Rechten übereinſtimmt; was hingegen blos poſitiven oder bürgerlichen Rechtens iſt, wird *ius* ſchlechtweg genannt. So z. B. ſagt **Ulpian** [23]): Licet hoc *iure* contingat, tamen *aequitas* dictat etc. und **Paulus** [24]): haec *aequitas* ſuggerit, etſi *iure* deficiamur. Dieſe Billigkeit wird im römiſchen Rechte *aequitas naturalis* [25]), *naturalis ratio* [26]), *officium pietatis* [27]), auch *pudor* [28]) genennt. Zweitens heißt **Billigkeit** auch, was der Sinn eines Geſetzes mit ſich bringt, und alſo Reſultat einer Auslegung iſt, wobey die vermuthliche Ab-

23) *L. 32. pr. D. de peculio.*

24) *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc.*

25) *L. 1. D. de minorib.*

26) *Pr. Inſt. de nupt. L. 5. §. 16. D. de agnoſ. liber. L. 7. §. 7. D. de acquir. rer. dom.* und CICERO in Topicis ſagt: AEQUITAS *eſt, quod naturalis ratio perſuaſit.*

27) *L. 5. §. 17. D. de agnoſ. et alend. liber.*

28) *§. 1. I. de fideicommiſſ. hered.*

Abſicht des Geſezgebers zum Grunde gelegt, und auf die Umſtände der Sache, und die beſondern Eigenſchaften und Verhältniſſe der Perſohnen Rückſicht genommen wird [29]). Unter dem **ſtrengen Recht** hingegen verſtehet man alsdann dasjenige, was die allgemeine Regel und der Buchſtabe des Geſetzes beſagt. Man nennt jene Billigkeit *aequitatem iuridicam*, oder die **Billigkeit des Richters**, und der Unterſchied zwiſchen dieſer und der Strenge des Rechts beſtehet darinn, daß leztere ſich an die allgemeine Regel hält, die Billigkeit aber zugleich auf die gute oder ſchlimme Wirkung Rückſicht nimmt, welche die Anwendung der Regel im gegebenen Falle haben würde. Deswegen ſetzen diejenigen Rechtsgelehrten, welche über dieſen Gegenſtand geſchrieben haben, die Billigkeit des Richters vorzüglich in die vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatſachen [30]). Sie verlangen ferner, daß ein billiger Richter die durch poſitive Geſetze eingeführte Ungleichheit ſoviel als möglich mildern, und überall auf die menſchliche Schwachheit Rückſicht nehmen ſolle [31]). Welchen Begrif aber auch die Rechtsgelehr-

29) *Ulric.* HUBER in Digreſſion. Iuſtinian. Lib. I. cap. V. §. 3. ſagt: AEQUITAS *nihil quam benigna et humana iuris ſcripti interpretatio eſt, pro diverſitate ſingularium, non ex verbis, ſed e mente Legislatoris facta.* Und Modeſtin zeigt den Unterſchied inter verba legis et mentem legislatoris durch ein ſchönes Beiſpiel in *L. 13. §. 2. D. de Excuſat.*

30) S. *Io. Paul.* KRESS in Diſſ. de Aequitate (Helmſtädt 1731.) Cap. I. §. 13. not. d. wo dieſes durch die Worte des Alphens in *L. 52. §. 2. D. ad L. Aquil.* in *cauſa* ius eſt poſitum, beſtärkt wird.

31) KRESS in der angef. Schrift Cap. I. §. 18. wo folgende Beſchreibung der Billigkeit gegeben wird: AEQUITAS *eſt*

gelehrten mit der Billigkeit in dieſer zweiten Bedeutung verknüpfen mögen, ſo kommen ſie doch faſt alle darinn überein, daß das **ſtrenge Recht** in einer ſteifen Anhänglichkeit an die Theorie, die **Billigkeit** aber in einem vernünftigen Ermeſſen der Folgen beſtehe, welche die Anwendung derſelben auf das Wohl des Staats und die einzelnen Mitglieder deſſelben haben könnte[32]. Selbſt die römiſchen Geſetze[33]) empfehlen dem Richter dieſe Billigkeit nachdrücklich, ſie weiſen ihn an, ſolche dem ſtrengen Rechte vorzuziehen, inſofern das Geſez dadurch nicht abgeändert, ſondern nur ſeiner Abſicht gemäß angewendet wird. Denn die Billigkeit muß keine Abweichung von einer verbindlichen Regel enthalten. Vielmehr wird in ausdrücklichen Geſetzen[34]) dem Richter befohlen, auch ein hartes Geſez, wenn es deutlich und categoriſch iſt, zu befolgen, und die Beobachtung der Billigkeit dem Geſezgeber anheim zu ſtellen[35]). Man merke ſich alſo folgende Regel: nur

 als.

eſt habitus mentis vel doctrina, ubi ſecundum aequalitatis regulas, ex rationis ratiociniis hauſtas, hoc vel illud interpretando, ſive iuri ſupplendo ſive demendo, ad imbecillitatem generis humani reſpiciendo, benigne diiudicamus.

32) KRESS in Diſſ. de Iure ſummo, iniuria ſumma Cap. 2. §. 6. et 7.

33) *L. 8. C. de iudiciis.* Placuit in omnibus rebus praecipuam eſſe *iuſtitiae, aequitatisque*, quam *ſtricti iuris* rationem.

34) *L. 12. §. 1. D. qui et a quib. manumiſſi.* Quod quidem perquam *durum* eſt; *ſed ita Lex ſcripta eſt.*

35) *L. 1. C. de LL.* Inter *aequitatem, iusque* interpoſitam interpretationem nobis ſolis et oportet et licet inſpicere. Hier war von einer, dem Geſetze zuwiderlaufenden Billigkeit die Rede, die der eine Theil für ſich anführte, da hingegen der andere Theil das offenbare Recht für ſich

alsdenn, wenn die Abſicht, welche durch das Geſez unmittelbar erreicht werden ſolte, durch eine wörtliche Erklärung verfehlt werden würde, iſt der Richter befugt, den Sinn der Worte mit billiger Rückſicht auf die vorhandene Umſtände dieſer Abſicht gemäß auszudehnen oder einzuſchränken. Es wird ſich in der Folge bey der Lehre von der Interpretation noch mehr Gelegenheit finden, die Grenzen der richterlichen Billigkeit genauer zu beſtimmen.

§. 27.

Begrif der Rechtsgelahrtheit. Was iſt Theorie und Praxis derſelben? Begrif des wahren Rechtsgelehrten?

Wir ſchreiten nun zur Entwickelung des Begrifs der **Rechtsgelahrtheit** ſelbſt, ihrer weſentlichen Eigenſchaften und Theile, nachdem wir von den Rechten und Verbindlichkeiten, womit ſich dieſelbe beſchäftiget, und denen Geſetzen ſelbſt, aus welchen jene herflieſſen, das nöthige vorausgeſchickt haben. **Rechtsgelahrtheit** (*Iurisprudentia*) wird in zwifacher Bedeutung genommen.

1) Objectiviſch genommen denkt man ſich darunter den Inbegrif methodiſch bearbeiteter Wahrheiten von den Rechten und Verbind-

ſich hatte, wie NELLER in der oben angeführten Abhandlung §. XX. bemerkt hat. Hier darf der Richter nicht zu Gunſten des einen Theils gelind ſeyn, denn ſeine Gelindigkeit gegen den einen wäre Ungerechtigkeit gegen den andern. Wollen die ſtreitenden Theile nicht ſelbſt Gelindigkeit gegen einander beweiſen, und der Richter findet Bedenklichkeit, dem andern zu zuerkennen, was das offenbare Recht mit ſich bringt, ſo muß er die Entſcheidung dem Geſezgeber anheim ſtellen.

bindlichkeiten. Wenn Hellfeld in der Note k. ſagt: *Obiective* conſiderata iurisprudentia eſt ſcientia legum earumque adplicationis ad factum, ſo iſt dies eigentlich der Begrif der Rechtsgelehrſamkeit im ſubjectiviſchen Verſtande.

2) Subjectiviſch genommen iſt Rechtsgelahrtheit die wiſſenſchaftliche Kenntnis der Geſetze, verbunden mit der Fertigkeit, ſie auf vorkommende Fälle anzuwenden. Hellfelds Begrif: Iurisprudentia, *ſubiective* conſiderata, eſt *habitus leges ad facta obvia recte applicandi*, iſt nicht vollſtändig, denn er hat offenbar nur das definirt, was man die Praxis der Rechtswiſſenſchaft nennt. Unſere Rechtsgelahrtheit gehört nun nicht zu denen ſpeculativiſchen Wiſſenſchaften, die man blos zum Nachforſchen und Vergnügen zu erlernen und zu treiben pflegt, ſondern ſie muß durchaus mit Ausübung verbunden ſeyn, wenn ſie keine tode Wiſſenſchaft ſeyn ſoll. Denn was kann der Welt damit gedient ſeyn, wenn einer Nächte durchwachte, um auszumachen, was in dieſem oder jenem Falle die Rechte mit ſich bringen, wenn dieſe Rechte gar nicht ausgeübet werden? Solchemnach zerfällt alſo die Rechtsgelehrſamkeit in zwey Haupttheile, nehmlich die Theorie und Praxis [36]. Unter der Theorie des Rechts verſtehet man die Fähigkeit, den wahren Sinn der Geſetze zu beſtimmen; verbunden mit einer genauen Kenntnis von der Be-

36) S. D. Juſt. Claproths Vorrede von dem Verhältnis der Theorie und der Ausübung der Rechtsgelehrſamkeit, vor Deſſelben Grundſätzen von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsacten (Göttingen 1778.

Beſchaffenheit und den Eigenſchaften derjenigen Handlungen, welche zu dem Gegenſtand der Rechtsgelehrſamkeit gehören; nicht weniger eine vollſtändige und richtige Kenntnis der Folgen, welche die bürgerliche Rechtshandlungen nach ſich ziehen. Zur ächten Theorie des Rechts gehört alſo

1) die Fähigkeit, den wahren Sinn der Geſetze, als welche die Normen der bürgerlichen Handlungen ſind, feſtzuſetzen. Dieſe Fähigkeit muß ein jeder, der auf eine gründliche Rechtsgelehrſamkeit Anſpruch macht, in ihrem Umfange beſitzen, denn ohne dieſelbe wird ohne Unterlaß in der Anwendung gefehlet. Die Erfahrung lehrt, daß die Geſetze gemeiniglich nur einen oder wenige Fälle zur Veranlaſſung haben; und daß die Abſicht des Geſezgebers oft viel weiter gehe, als die Worte ausdrucken, wird niemand leugnen, der nur einige Kenntnis von den Geſetzen hat. Hier hat nun der Juriſt es auszumachen, ob dieſer oder jener Fall die Abſicht des Geſezgebers erreiche oder nicht. Ferner iſt alsdann auch dieſe Eigenſchaft einem Rechtsgelehrten unentbehrlich, wenn ſich zwar der im Geſez beſtimmte Fall zuträgt, jedoch andere Umſtände dabey vorkommen, als wovon das Geſez redet, und weswegen die Verordnung entweder weiter auszudehnen oder einzuſchränken iſt.

Zur Rechtstheorie gehört weiter 2) die genaue Kenntnis von der Beſchaffenheit der bürgerlichen Handlungen, welche den Gegenſtand der Rechtsgelehrſamkeit ausmachen. Denn nach der Verſchiedenheit dieſer Handlungen richten ſich die Gerechtſame und die Verbindlichkeiten der Partheyen. Darf es nun keinem Rechtsgelehrten gleichgül-

gültig ſeyn, die eine Verbindlichkeit oder Gerechtſame vor die andere anzunehmen, ſo wird es wohl die unumgängliche Nothwendigkeit erfordern, die bürgerlichen Handlungen nach ihren Eigenſchaften genau kennen zu lernen, um in der Beurtheilung derſelben keinen Fehler zu begehen.

Endlich gehört auch 3) zur Rechtstheorie **eine genaue Kenntnis der Folgen, welche mit denen bürgerlichen Rechtshandlungen verknüpft sind.** Die verſchiedenen Arten der Klagen, der verſchiedene Proces, die verſchiedene Gerechtſame, Verbindlichkeiten und Strafen und deren gehörige Anwendung hängen alle von dieſem Theile der Rechtsgelehrſamkeit ab. Es iſt alſo offenbar, daß in der Anwendung der Rechtsgelehrſamkeit überaus viel darauf ankomme, in dieſen Puncten nicht zu fehlen. Denn welchem Rechtsgelehrten iſt wohl unbekannt, daß eine Art des Proceſſes weit zuträglicher als die andere, und die eine Klage entweder in Anſehung des Beweiſſes oder in Anſehung der Hauptabſicht weit nüzlicher, als die andere, ſey?

Die Praxis der Rechtsgelehrſamkeit iſt nun dagegen eine Fertigkeit, die Geſetze auf die vorkommende Fälle anzuwenden, die bürgerlichen Handlungen mit Klugheit einzurichten, und die entſtandenen Rechtsſtreitigkeiten gehörig zu behandeln, d. i. dieſelben zu unterſuchen, und zu Ende zu bringen. Formelkram, und eine hiſtoriſche Kenntnis von dem Laufe des Proceſſes machen zwar den ſogenannten **Schlendrian** aus, verdienen aber nicht den Nahmen der juriſtiſchen Praxis.

Theorie und Praxis nach den angegebenen Begriffen ſind nun ſo genau mit einander vergeſellſchaftet, daß

ſie von einander nicht getrennt werden können, daher es eine ungereimte Frage iſt, ob nicht die eine vor der andern einen Vorzug habe [37])? denn die wahre Praxis läßt ſich ohne eine gründliche Kenntnis der Theorie des Rechts ohnmöglich gedenken. Die Theorie iſt alſo nur um der Praxis willen da. Die Praxis hingegen muß der Theorie erſt das Leben geben; die Begriffe, die man bey der Theorie ſammlet, werden erſt durch die Praxis in die gehörige Deutlichkeit geſetzet, und bekommen daher ein Licht, welches ihr durch Umſchreibung ohnmöglich gegeben werden kann. Derjenige nun, welcher nicht nur eine gründliche und wiſſenſchaftliche Kenntnis von der Theorie ſowohl als Praxi der Rechtsgelahrtheit beſitzet, ſondern auch dieſelbe zur Ehre des allergerechteſten Richters der Welt, und zum Wohl des Nächſten wirklich ausübt, heißt ein **Juriſt**, ein **Rechtsgelehrter** im eigentlichen Verſtande. Mit dieſem verwechſele man nicht 1) einen *Leguleius*, worunter man einen ſolchen verſtehet, der keine genaue, ſondern eine blos hiſtoriſche Kenntnis von den Geſetzen hat, ſie zwar den Worten nach weiß, und überall mit ſeiner Geſezkenntnis prahlt; aber den Geiſt derſelben nicht verſtehet, und daher eine ungeſchickte Anwendung da-

37) S. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de conflictu theoriae et praxeos iuris. Halae 1736. und *Mart. Gottl.* PAULI Diſſ. de theoriae et praxis iuridicae diſcordia. Lipſ. 1747. In einem andern Verſtande, nehmlich wenn man ſich unter Praxis den Gerichtsgebrauch oder die Gültigkeit der Geſetze in den Gerichten gedenket, kann ein Conflictus zwiſchen der Theorie und Praxis des Rechts ſtatt finden. S. NETTELBLADT in Syſtem. element. doctrinar. propaedeuticar. iurispr. poſ. germanor. comm. §. 41. S. 33.

davon macht; auch nicht 2) einen **Rabuliſten**, denn dieſen gehäſſigen Nahmen verdienen nur ſolche Juriſten, denen es zwar nicht an Kenntnis, aber an Rechtſchaffenheit und Güte des Herzens fehlt, die Geſetze gehörig anzuwenden, und daher ſolche zum Schaden anderer zu verdrehen ſuchen; auch nicht 3) einen *Empiricus*, denn ein ſolcher hat gar keine Rechtstheorie geſchöpft, ſondern blos den Schlendrian inne, den er aus der täglichen Uebung in der Gerichtsſtube erlernt hat, und behandelt daher alle Rechtsſachen blos mechaniſch. Endlich unterſcheide man einen Rechtsgelehrten auch 4) von einem *Iurisperito*, einem bloſen Rechtsverſtändigen, der zwar eine gründliche Theorie des Rechts verſtehet, allein von den erkannten rechtlichen Wahrheiten keinen Gebrauch macht [38].

Anmerkung *k*. Die römiſchen Juriſten definirten die Jurisprudenz auf folgende Art. Iurisprudentia eſt *divinarum atque humanarum rerum notitia: iuſti atque iniuſti ſcientia* [39]. Dieſe Definition wird auf verſchiedene Art erklärt. Einige halten dafür, **Ulpian**, aus deſſen *lib. I. Regularum* dieſe Definition entlehnet worden, habe hierdurch anzeigen wollen, daß die Jurisprudenz ein Theil der Philoſophie ſey, welche ſich, ſo wie dieſe, mit göttlichen und menſchlichen Dingen beſchäftige, nur mit dem Unterſchiede, daß ſie ſich in keine ſpeculativiſche Unterſuchungen einlaſſe, ſondern blos beſtimme, was recht und unrecht in

[38]) S. *Io. Chriſtph.* SPITZ Diſſ. de Iuriſconſulto, a iuriſperito, leguleio et rabula quam maxime diverſo. *Erfordiae* 1769.

[39]) *L.* 10. §. 2. *D. de Iuſt. et Iur.*

Anſehung derſelben ſey [40]). Daß die Alten die Philoſophie in eine *notitiam rerum divinarum atque humanarum* geſezt, iſt auſſer allen Zweifel [41]); und daß die alten Philoſophen ſowohl als Rechtsgelehrte die Jurisprudenz für einen Theil der Philoſophie gehalten, erhellet ſowohl aus dem Zeugnis des Euphrates beym Plinius [42]), als auch aus dem, was die römiſchen Juriſten von ſich ſelbſt ſagten: *ſe veram philoſophiam, non ſimulatam affectari* [43]). Andere hingegen verſtehen unter den *rebus divinis* das geiſtliche Recht, welches dreyerley war, *ius feciale*, *pontificium* und *augurale*; unter den *rebus humanis* aber das ius civile. Sie erklären alſo die Ulpianiſche Definition ſo: die Jurisprudenz ſey eine Wiſſenſchaft göttlicher und menſchlicher, oder geiſtlicher und weltlicher Rechte [44]). Noch andere denken ſich unter den

40) *Pet.* FABER in Comment ad *L. 1. D. de I. et I.* hinter Deſſelben *Semeſtr.* *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Praefat. de Iurisprudentia, divinarum humanarumque rerum notitia; vor ſeinem *Faſcic. Scriptor. iur. naut.* GROTIUS in Florum ſparſ. ad ius Iuſtinian. p. 13.

41) CICERO *de Finibus bon. et mal.* Lib. II. c. 12. *de officiis* Lib. I. c. 43. *Quaeſt. Tuſcul.* Lib. V. c. 3. SENECA Ep. 89.

42) *Lib. I. Ep. 10.* Adfirmat, etiam eſſe hanc *philoſophiae*, et quidem pulcerrimam partem, *agere negotium publicum, cognoſcere, iudicare, promere et exercere iuſtitiam.*

43) *L. 1. §. 1. D.* h. t. *Io. Guil.* HOFFMANN in Obſervat. var. ad Pandect. *Diſſ. hebd.* II. §. 1. lieſet nicht ohne Grund *aſſectantes* für affectantes.

44) BYNCKERSHOEK in Diſſ. de cultu relig. peregr. Diſſ. I. in *Opuſc.* (Lugd. Batav. 1719.) S. 237. f. GEBAUER Diſſ. de Iuſtitia et iure §. 11. *A. F.* SCHOTT Spec.

den *rebus divinis* das natürliche, und unter den *rebus humanis* das poſitive Recht [45]); die Rechtsgelahrheit ſey alſo die Wiſſenſchaft des natürlichen und poſitiven Rechts. Die Sache iſt zu unbedeutend, um mich auf eine Prüfung dieſer verſchiedenen Erklärungen einzulaſſen.

§. 28.

Zwey Haupteigenſchaften des Rechtsgelehrten.

Ein Rechtsgelehrter, welcher auf die Würde dieſes Nahmens einen gegründeten Anſpruch machen will, muß alſo a) eine Fertigkeit haben, die Geſetze auf die vorkommende Fälle anzuwenden. Ein Geſez anwenden heißt im gegebenen Falle beſtimmen, was nach den beſondern Umſtänden deſſelben denen Geſetzen gemäß iſt. Dieſes kann von einem Richter, Rechtsconſulenten und Rechtslehrer geſchehen. Eine ſolche Application, wenn ſie richtig geſchehen ſoll, erfordert 1) eine vollkommene Kenntnis ſowohl des Factums mit allen dabey vorkommenden Umſtänden an ſich, als auch desjenigen, der die Handlung unternommen, oder zur Wirklichkeit gebracht hat. So z. B. muß der Criminalrichter nicht nur das Verbrechen an ſich, und deſſen Umſtände, als Zeit und Ort, ſondern auch den Character und Lebenswandel, auch übrige Verhältniſſe des Miſſethäters in Erwägung ziehen, um darnach die Strafe der Abſicht des

Specim. iuris Digeſtor. ad Tit. de Iuſt. et Iure *Lipſiae* 1775. §. 2. BRISSONIUS Antiquitat. Lib. IV. c. 16. HOEPFNER in Commentar. §. 22. Desgleichen MURETUS, MARCILIUS und IAN. *a* COSTA *ad* §. 1. *I. de I. et I.*

[45]) *Iac.* PERENONIUS in Animadverſ. Lib. I. cap. 24. und *Ge. Sam.* MADIHN in Inſtitut. iuris civ. (Halae 1764.) *Praecogn. gen.* Cap. II. Tit. 1. §. 57.

des Geſetzes gemäß einzurichten. 2) Eine genaue Kenntnis des Geſetzes ſelbſt, was im gegenwärtigen Fall angewendet werden ſoll. Der Practicus muß alſo nicht nur wiſſen, ob und in wiefern das Geſez noch verbindlich iſt, ſondern auch eine genaue Kenntnis von dem Inhalte und dem Sinne des Geſezes haben, und dieſe erlangt er durch die Interpretation. Der Rechtsgelehrte muß alſo auch b) die Fähigkeit haben, den wahren Sinn der Geſetze zu beſtimmen. Zuerſt wird nun unſer Auctor von der Erklärung der Geſetze, und dann §. 40. und folgenden von der Anwendung derſelben handeln.

§. 29.

Von Erklärung der Geſetze.

Die Undeutlichkeit des Inhalts, Zweideutigkeit der Worte, oder weil die Worte eines Geſetzes mit der Abſicht des Geſezgebers nicht übereinſtimmen, oder ein Geſez mit andern Geſezen im Widerſpruch ſtehet; macht oft die Auslegung der Geſetze nothwendig [46]. Was heißt aber ein **Geſez erklären?** nichts

[46]) Ueber die Erklärung der Geſetze haben viel geſchrieben. Die vorzüglichſten Schriften ſind *Val. Guil.* FORSTER de interpretatione iuris (in OTTON. *Theſau. Iur. Rom. T. II.*) *Vinc.* PLACCIUS de Icto perfecto ſ. interpretatione Legum. *Holm. et Hamb.* 1693. 4. *Caſp.* HORN Praelect. publicae de interpretatione iuridica *Viteb.* 1733. 8. *Io. Laur.* HOLDERRIEDER Diſſ. de principiis interpretationis Legum adaequatis Lipſiae 1736. *Car Aug.* RITTER Regulae interpretationis iuridicae praeſtantiores ex adaequatis principiis demonſtratae *Lipſiae* 1741. *Pet.* AMSINCK Diſp. de Legum in corpore iuris Iuſtiniani interpretatione. *Trajecti* 1743. *Io.*

Iac.

nichts anders, als den wahren Sinn eines Geſetzes aus den Worten deſſelben, und der Abſicht des Geſezgebers entwickeln Sinn des Geſetzes, oder, wie es im römiſchen Rechte genennet wird, *ſententia legis* [47]) iſt der Wille ſelbſt, den der Geſezgeber durch die gebrauchten Worte hat ausdrücken wollen. Um dieſen Willen des Geſezgebers richtig zu beſtimmen, unterſuche man zuerſt den Wortverſtand des Geſetzes (*ſenſum litteralem*), das iſt, man exponire das Geſez, ſetze die wahre Bedeutung der einzelnen Worte feſt, und verbinde mit demſelben diejenigen Begriffe, die durch die Zuſammenſetzung herauskommen. Weil jedoch die Erfahrung lehret, daß die Worte nicht immer den Willen des Geſezgebers ausdrücken, indem ſelten ein Menſch ſeine Worte ſo genau faßt, daß er weder mehr noch weniger ſage, als er wirklich hat ſagen wollen, ſo muß nun hiernächſt der Geſezausleger die wahre Abſicht des Geſezgebers ausforſchen, und den Grund des Geſetzes unterſuchen. Dieſer beſtimmt den ganzen Umpfang des Willens des Geſezgebers, und iſt alſo mit Recht als die Seele des Geſetzes anzuſehen [48]). Nur darf die nächſte Abſicht mit der

Iac. OPPENRITTER Diſſ. de concinna Legum interpretatione *Viennae* 1745. 4. *Io. Died.* MELLMANN Comment. de interpretatione Legum Rom. praeſertim Codicis repetitae praelectionis *Kiel* 1770. *Io. Lud.* CONRADI Obſervationes iuris. Marb. 1782. 8. und beſonders *Chriſt. Henr.* ECKHARD Hermenevtica iuris cum notis *Car. Frid.* WALCHII Lipſiae 1779. 8.

47) *L.* 6. *§.* 1. *D. de Verb. Signif. L.* 29. *D. de LL.*

48) *Io. Gottl.* FABER Diſp. de anima legum. *Tübingae* 1752. *Conr. Henr. Andr.* HEPKE Diſſ. de occaſione et ratione legis. *Hanov.* 1754.

der entferntern nicht verwechſelt werden. Daher ergeben ſich ſchon vorläufig folgende Auslegungsregeln:

1) Der Rechtsgelehrte darf ſeine Auslegung des Geſetzes nur auf Vorausſetzung derjenigen Abſicht gründen, die der Geſezgeber unmittelbar durch die Worte des Geſetzes erklären wolte.

2) Dieſe Abſicht ſelbſt muß aus dem Zuſammenhange der Worte, oder des Geſetzes mit allen übrigen, die über einerley Gegenſtand vorhanden ſind [49]), oder den hiſtoriſchen Umſtänden der Geſetzesgebung, und andern Quellen mehr beurtheilet werden, von welchen ich in der Folge beym §. 36. umſtändlicher handeln werde.

§. 30.

Erklärung ſetzt Mangel der Deutlichkeit, und Unvolſtändigkeit des Geſetzes, voraus. Auslegung der Geſetze nach der Billigkeit; und Grenzen derſelben.

„Es iſt ein Uebel, ſagt einer unſerer teutſchen Rechtsgelehrten [50]), wenn die Geſetze einer Erklärung bedürfen. Die Geſetze ſollten keiner Rechtsklügeley ausgeſetzet ſeyn.„ Dies kann wohl freylich nicht geleugnet werden; allein da die meiſten unſerer Geſetze für ganz andere Zeiten, Sitten und Umſtände gegeben ſind, ſo müſſen wir ſie, ſollen ſie zur Richtſchnur dienen, durch eine vernünftige Auslegung, auch noch für unſere Zeiten

[49]) D. *Gottl.* HUFELAND Diſſ. de Legum in Pandectis interpretandarum ſubſidio ex earum nexu et conſecutione petendo. *Ienae* 1785. und H. Prof. Weſtphal in der unten Note 54. angeführten Schrift §. 4. u. 5.

[50]) von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrheit S. 537. Dritt. Abſchn.

ten anwendbar zu machen ſuchen. Auslegung des Geſetzes ſetzt alſo immer voraus, daß ein fehlerhaftes, dunkeles oder unzureichendes Geſez vorhanden ſey. Ein Geſez, das vollſtändig, deutlich, und beſtimmt gefaßt iſt, bedarf keiner Erklärung; ſondern der Richter iſt verbunden, ſolches in Anwendung zu bringen, wenn es auch gleich hart ſcheinen ſolte. Allein ſolte der Richter nicht wenigſtens unterweilen befugt ſeyn, aus Gründen einer vordringenden Billigkeit der Strenge des Rechts auszuweichen, und eine mildere Meinung anzunehmen? Verſchiedene Rechtsgelehrten wollen ihm zwar dieſe prätoriſche Macht beylegen [51]), und nach Leyſers [52]) Meynung ſoll es einem Richter ſogar freyſtehen, ſich über den Mangel der vorgeſchriebenen Solemnitäten hinwegzuſetzen, wenn nur der Wille des Teſtators oder der Contrahenten klar iſt; allein es läſſet ſich dieſe Meinung nicht ſchlechterdings rechtfertigen. Denn es iſt bekannt, welche ſchlimme Folgen die ſogenannte Billigkeit der Prätoren nach ſich zog, und wie man ihre Partheylichkeit durch das Corneliußiſche Geſez dahin einſchränken muſte, daß ſie wenigſtens während ihrer kurzen Amtsführung nach einerley Grundſätzen verfahren, und ſchuldig ſeyn ſolten, eben denſelben Rechtsſaz, den ſie gegen andere angenommen hatten, in der Folge auch gegen ſich ſelbſt gelten zu laſſen. Es klagten auch die römiſchen Rechtsgelehrten ſchon über die Ungerechtigkeit, welche ſehr oft unter dem Scheine der Billigkeit ausgeübt würde; denn da ſelbſt die Meinungen von der Billigkeit ſo ſehr verſchieden, und ihre Grundſätze nicht be-

[51]) *C. F.* HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. in foro quot. obv. Obſ. 439. p. 697.

[52]) Meditat. ad Pandect. Spec. III. med. 6. u. 7.

beſtimmt ſind [53]), wie leicht kann ſich der Richter bey deren Anwendung nicht irren? Sehr treffend ſagt daher bey Entſcheidung eines gewiſſen Rechtsfalles der römiſche Juriſt Paulus [54]) *eſſe banc quaeſtionem de bono, et aequo: in quo genere plerumque ſub auctoritate iuris ſcientiae pernicioſe erratur.* Welche Ungewißheit des Rechts würde alſo nicht daraus entſtehen, wenn der Richter ſich ermächtigen dürfte, unter dem Vorwand der Billigkeit von den Geſetzen abzuweichen? Ja wie leicht würde Leidenſchaft des Richters, oder Unwiſſenheit deſſelben den Mantel der Billigkeit annehmen, und der Ungerechtigkeit und Partheylichkeit Thür und Thor geöfnet werden? Mit Recht haben daher andere jene Meinung verworfen, und den Richter auf gehorſame Befolgung der Geſetze eingeſchränkt [55]). Wenn nun

[53]) SCAEVOLA ſagt z. B. in *L. 14. pr. D. de div. tempor. praeſcript.* de acceſſionibus poſſeſſionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire poſſumus: *conſiſtunt enim in ſola aequitate.*

[54]) *L. 91. §. 3. D. de verbor. obligat.*

[55]) Carrach rechtliche Erörterung der Frage: Ob in Teutſchland eine Gerichtsobrigkeit unter dem Vorwande der Billigkeit von den Geſetzen abweichen könne? Nro 44. der wöchentlichen Halliſchen Anzeigen vom Jahr 1764. *Henr. Chriſtph.* BERTUCH Diſſ. de eo, quod circa aequitatem iniquum eſt. *Erf.* 1736. *Henr. God.* BAUER Pr. de aequitatis in iure uſu *Lipſ.* 1761. *Io. Diet.* MELLMANN Orat. de deciſione cauſarum ex Legibus aequi et boni. *Kilonii* 1778. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. IV. med. 9. u. 10. WESTPHAL Unterſuchung der Frage, ob ein ohne die vorgeſchriebene Form gemach-

nun aber doch die Geſetze ſelbſt den Richter anweiſen, mehr nach der Billigkeit als nach dem ſtrengen Recht zu urtheilen; ſo ſieht ein jeder wohl, daß dieſes eine ganz andere Bedeutung haben müſſe, als welche jene Vertheidiger der Billigkeit zur Unterſtützung ihrer Meynung angenommen haben. Hierher gehört, was **Paulus** [56]) ſagt: In omnibus quidem, maxime tamen in iure, *aequitas* ſpectanda eſt; deßgleichen, wenn die Kr. **Conſtantin** und **Licinius** reſcribiren: Placuit in omnibus rebus praecipuam eſſe *iuſtitiae aequitatisque*, quam *ſtricti iuris* rationem [57]). Man führt auch noch die Worte des **Marcellus** [58]) an; Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolemnibus, tamen, *ubi aequitas evidens poſcit*, ſubveniendum. Allein alle dieſe Stellen helffen der entgegen geſezten Meynung im mindeſten nicht auf, denn überall iſt nicht die Rede von einer Billigkeit, wodurch lex ſcripta abgeändert werden ſolle. Die erſte Stelle iſt aus *lib* 15. *Quaeſtionum* des Juriſten **Paulus** genommen, wo von Erklärung der Verträge die Rede war [59]), und will, daß man

nicht

machtes Teſtament des vorhanden geweſenen auſſerordentlichen Nothfalls wegen gültig ſey? im Niederſächſiſchen Archiv für Jurisprudenz u. juriſt. Litteratur herausgegeben von D. Koppe 2. Band N. 27. S. 293 - 305.

56) *L. 90. D. de R. I.*

57) *L. 8. C. de iudiciis.*

58) *L. 183. D. de Reg. Iuris.*

59) Dieſes erhellet aus der Vergleichung der aus eben dieſem Buch der Quäſtionen des Paulus in den Pandecten vorkommenden Stellen beym WIELING Iurisprud. reſtituta S. 190. und HOMMEL Palingeneſ. iuris.

nicht bey den Worten ſtehen bleiben, ſondern auf die Abſicht der Contrahenten ſehen ſolle [60]). Die zweite Stelle enthält ebenfals eine Erklärungsregel für den Richter, und der Sinn iſt: der Richter ſolle nicht nach den Worten, ſondern nach der Abſicht und dem Willen der Geſetze und Verordnungen entſcheiden. Die lezte Stelle endlich iſt aus *L. 7. pr. D. de reſtit. in integr.* zu erklären, denn beyde ſind aus *lib. 3. Digeſtor.* MARCELLI genommen. Aus dieſer Verbindung ſieht man, daß von dem Fall die Rede war, wo Jemand, welcher im Gericht, ſeiner Sache wegen die Nothdurft zu beobachten, war aufgerufen worden, ſich nicht gemeldet, und daher wegen Verſäumnis ſein Recht verlohren hatte. Er hatte den Aufruf nicht gehört, und nach den Umſtänden, ohne ſein Verſchulden, nicht hören können, und ſuchte daher die Wiederherſtellung in den vorigen Stand. Nichts iſt billiger, als daß hier der Parthey, welche ohne ihr Verſchulden um ihr Recht gekommen, geholfen werde; daher auch Kr. Antonin ihr ſolche durch ſein Reſcript angedeihen läſſet [61]). Hier iſt alſo eben ſo wenig, wie in den vorhergehenden Geſezſtellen, zu befinden, daß ein Richter, als ſolcher, ſich herausnehmen dürfe, Geſetze, die er für unbillig hält, nicht zu befolgen, vielmehr ergiebt ſich aus den angeführten ſowohl, als andern Stellen des römiſchen Geſezbuchs, daß die dem Richter von den Geſetzen ſelbſt empfohlene **Billigkeit** darinn beſtehe:

1) Daß er nie bey den Worten des Geſetzes ſtehen bleibe, ſondern überall auf die **Abſicht** ſehe, welche

60) CUIACIUS in Commentar. ad Pauli Quaeſt. und GIPHANIUS in Commentar. ad tit. de Reg. Iur. *ad L. 90. n. 3.*

61) *Iac.* GOTHOFREDUS *Comm. in tit. Dig. de R. I. p. 730.* *Pet.* FABER *Comm. ad tit. Dig. de Reg. Iur.* h. l.

che durch das Geſez unmittelbar erreicht werden ſoll. *Benignius* leges interpretandae ſunt, ſagt Celſus [62]), *quo voluntas earum conſervetur.*

2) auf die Umſtände der Sache Rückſicht nehme. Sind dieſe beſondern Umſtände ſo beſchaffen, daß man nicht zweifeln kann, der Geſezgeber würde für dieſen beſondern Fall eine Ausnahme beſtimmt haben, wenn er ihn ſo, wie er ſich zugetragen hat, vorausgeſehen hätte; ſo iſt es die Pflicht eines billigen Richters auf den Grund des Geſetzes zum Vortheile deſſen Rückſicht zu nehmen, der ſonſt einen unverdienten Nachtheil erleiden würde. Nulla enim iuris ratio, ſagt Modeſtin [63]), aut *aequitatis benignitas* patitur, ut, quae ſalubriter *pro utilitate hominum* introducuntur, ea nos duriore interpretatione *contra ipſorum commodum* producamus ad ſeveritatem.

3) Daß er auf die beſondern Eigenſchaften und Verhältniſſe der Perſohnen Rückſicht nehme. Et omnino, ſo reſcribirt K. Antonin [64]), *ex perſonarum conditione, et rerum qualitate*, diligenter aeſtimandae ſunt poenae, ne quid aut durius aut remiſſius conſtituatur, quam causa poſtulabit. Allein nicht blos Criminal-Fälle, ſondern auch bürgerliche Verbindungen ſind, vorzüglich aber die häußliche Geſellſchaft, nach den Regeln der Billigkeit zu beurtheilen. So müſſen z. B. die Rechte

 der

[62]) *L. 18. D. de Legibus.*

[63]) *L. 25. D. eodem.*

[64]) *L. 4. §. 1. D. de incendio, ruina etc.* Eben dieſes iſt es, wenn die P. G. O. Carls *V.* ſo oft den Richter anweißt, nach Gelegenheit und Geſtalt der Perſöhn die Strafe zu beſtimmen. Z. B. Art. 106. 114. 119. 159. u. a. m.

der Eheleuthe, der Aeltern gegen die Kinder, und der Herrſchaft gegen das Geſinde immer mit Rückſicht auf die beſondern Eigenſchaften, Umſtände und Bedürfniſſe der Perſohnen beſtimmt werden. Wenn daher der Knecht über ſeinen Herrn Klage führte, daß dieſer ihm allzuſchwere Arbeit auflege; ſo müßte der Richter ſowohl die Bedürfniſſe des Herrn, als die perſöhnlichen Eigenſchaften des Knechts erwägen, und hiernach ſein Urtheil ſprechen. Weiter beſtehet auch die Erklärung nach der Billigkeit darinn

4) daß in zweifelhaften Fällen, wo es weder der ausdehnenden noch der einſchränkenden Erklärung an Gründen fehlt, jedoch keine derſelben etwas überwiegendes für ſich hat, der Richter mehr geneigt ſeyn müſſe, die gelindere Meynung vorzuziehen, d. i. diejenige Erklärung anzunehmen, die am meiſten mit dem Naturrechte übereinkommt, oder wenigſtens von der Strenge am meiſten entfernt iſt [65]; Mithin

5) in Civil-Fällen diejenige Art der Auslegung vordringen laſſe, nach welcher die Handlung, über deren Gültigkeit geſtritten wird, eher bey Kräften erhalten, als zernichtet wird [66]; hingegen

6)

65) NETTELBLADT Syſtem. elem. Iurispr. poſit. Germanor. commun. general. §. 230. ſagt: *Dicitur* BENIGNA INTERPRETATIO, *per quam is ſenſus pro vero adſumitur, qui legibus naturalibus magis convenit, quam alter, vel ſaltim a rigore magis alienus eſt; eaque locum habet, ſi adeſt ambiguitas, id eſt,* PLURES INTERPRETATIONES AEQUE PROBABILES SUNT. *Hinc in L. 9. D. de Reg. Iur. dicitur:* ſemper in obſcuris; quod MINIMUM eſt, ſequimur, *et in L. 3. D. de his, quae in teſtam. del. haec regula obvenit:* in re dubia benigniorem interpretationem ſequi, non minus iuſtum eſt, quam tutius.

66) *L. 12.* und *21. D. de rebus dubiis.*

6) in Straf- und Criminal-Fällen geneigter ſey, zu abſolviren als zu verurtheilen, oder die Strafe eher zu mildern als zu ſchärfen [67].

§. 31.

Eintheilung der Geſezerklärung in die legale und doctrinelle.

Die Auslegung dunkler Geſetze geſchiehet nun entweder vom Geſezgeber ſelbſt, oder iſt wenigſtens vom Geſezgeber gebilliget, oder ſie geſchiehet blos von einem Rechtsgelehrten mit Hülfe und Anwendung der Regeln der Auslegungskunſt (Hermenevtic). In den beyden erſtern Fällen wird die Interpretation eine legale, im leztern Falle aber eine Doctrinalerklärung genennt. Von den erſtern wird §§. 32. und 33. von den leztern aber §. 34. bis 38. gehandelt.

§. 32.

Von der Avthentiſchen- und Uſualinterpretation.

Die legale Geſezerklärung wird nach der gewöhnlichen Lehre der Rechtsgelehrten wieder in die avthentiſche und uſual Interpretation eingetheilt. Jene iſt, wenn der Geſezgeber ſeinen Willen, wie das dunkele Geſez zu verſtehen ſeyn ſoll, ſelbſt erklärt; dieſe aber, wenn der Geſezgeber eine in Gerichten angenommene Erklärung eines dunkelen Geſetzes entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend billiget. Gegen dieſe Eintheilung wird zwar verſchiedenes nicht ohne Grund von einigen Rechtsgelehrten eingewendet, welche ſie nicht für ächte Gattungen der Interpretation anſehen wollen,

 weil

67) *L. 42. D. de poenis. L. 155. §. 2. D. de Reg. Iuris.* Man ſehe RIVINUS de benigna ICtorum interpretatione *Vitemb. 1752.*

weil der Geſezgeber nicht wie ein Rechtsgelehrter an die Regeln der Auslegungskunſt gebunden ſey, ſondern den Sinn eines dunkeln Geſetzes nach Willkühr beſtimmen könne; mithin in dem Falle vielmehr ein neu Geſez gegeben werde, wo man dem Oberherrn eine avthentiſche Interpretation zuſchreibt; die Uſualerklärung aber vielmehr für eine Art des Gewohnheitsrechts anzuſehen ſey. In beyden Fällen beruhe alſo die Kraft der Interpretation nicht ſowohl auf richtiger Beſtimmung des Sinnes eines dunkeln Geſetzes, ſie weiche vielmehr öfters von dem richtigen Sinne des Geſetzes ganz ab, ſondern die avthentiſche Geſezerklärung gründe ſich auf das Anſehen des Geſezgebers, von welchem ſie geſchehen, die Uſualinterpretation aber auf die Obſervanz und den Gerichtsbrauch [68]). Allein da beyde Arten der Geſezerklärung in den römiſchen Geſetzen ſelbſt als ſolche anerkannt ſind [69]); und überdies dem Geſezgeber die Abſicht wohl am beſten bekannt ſeyn muß, die er unmittelbar durch die Worte des Geſetzes erklären wollte, ſo kann jene Eintheilung allerdings beybehalten werden [70]). Wir bemerken übrigens noch folgendes:

1)

[68]) S. HOLDERRIEDER de princip. interpretat. adaequatis. §. V. et VI. ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. c. I. §. 37. u. 38. *I. D.* WIBEKING Diſſ. de incommodis per interpretationes uſuales et obſervant. in iurisprud. infectis. *Francof.* 1748. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. II. med. 1. u. a. m.

[69]) *L. 1. L. 9. L. 12. C. de Legibus. L. 37. et 38. D. eodem. Nov. CXIII. cap. 1. princ.*

[70]) NETTELBLADT Syſtem. elem. Iurisprud. poſ. Germanor. commun. gener. Lib. I. Sect. III. §. 227. und §. 239. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. I. Lib. I. c. IV. §. 150. Höpfner im

1) Da jedem Richter vermöge ſeines Amts das Recht zuſtehet, Geſetze zu erklären, ſo lange er nach richtigen Regeln der Auslegung den wahren Verſtand derſelben zu beſtimmen vermag; ſo folgt, daß zur Nothwendigkeit einer avthentiſchen Interpretation nur ſodann geſchritten werden dürfe, wenn der Sinn eines Geſetzes ſo zweifelhaft iſt, daß er ſich ſchlechterdings nicht nach vernünftigen Regeln der Auslegung mit Gewißheit beſtimmen läſſet.

2) Unter dieſer Vorausſetzung findet auch nur bey denen Privilegien die avthentiſche Auslegung ſtatt [71]). Denn diejenigen ſchränken offenbar die Grenzen der richterlichen Gewalt zu ſehr ein, welche den Richter in einem jeden Falle, da über den Verſtand eines Privilegiums ſich Zweifel ereignen, zum Throne des Landesherrn verweiſen wollen [72]).

3) Ob aber ein ſolcher Fall vorhanden ſey, wo eine interpretatio avthentica vom Geſezgeber ſelbſt zu erwarten, kommt nicht ſowohl auf die Aeuſſerung der einen oder der andern ſtreitenden Parthey, oder deren Sachwalters, ſondern auf das arbitrium iudicis ſelber an.

 4)

im Commentar §. 24. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. I. Th. S. 106. u. folgg. und *Io. Chr.* WOLTAER Obſervat. iuris civ. et Brandenb. Faſcic. I. Obſ. I. u. a. m.

71) *L. 191. D. de Reg. Iur.* NETTELBLADT in Syſtem. elem. Iurispr. gen. §. 238.

72) Man ſehe beſonders nach PÜTTER Progr. de iure et officio iudicis circa interpretationem privilegiorum in genere. *Goetting.* 1758. und Deſſelben auserleſene Rechtsfälle I. B. 2. Th. Reſp. XXV. S. 293.

4) Auch die avthentiſche Erklärung muß dem Sinne und den Worten des Geſetzes gemäß ſeyn; denn indem ſie davon gänzlich abweicht, iſt keine Interpretation, ſondern nun ein neues Geſez vorhanden, auf welchen Unterſchied ſehr viel ankommt, wenn von der Anwendung auf vorhergegangene Handlungen [73]) die Frage entſtehet. (S. 145.) Endlich

5) Da die avthentiſche Erklärung ein Theil der geſezgebenden Gewalt iſt, ſo ſtehet ſie nur dem Landesherrn ſelbſt, aber keinesweges den höchſten Gerichten in einem Lande zu [74]).

Soviel hiernächſt die **Uſualerklärung** anbetrift, ſo ſezt nun dieſe voraus,

1) daß das Geſez wirklich dunkel oder zweifelhaft ſey; denn iſt das Geſez klar, und liegt ein offenbarer Irthum bey dieſer Auslegung zum Grunde, ſo kann ſie keine legale Auctorität behaupten [75]).

2) Sie erfordert die Eigenſchaften eines gültigen Gewohnheitsrechts.

§. 33.

Uſualerklärung iſt ein Theil der gerichtlichen Obſervanz.

Wenn man unter dem Gerichtsgebrauch (obſervantia iudicialis) die in den Gerichten bey der Behandlung und Entſcheidung ſtreitiger Rechtsfälle angenommene Gewohnheiten verſtehet, die man bisher und ſchon ſeit langer Zeit auf eine gleichförmige Art beob- achtet

[73]) Eichmann Erklärungen 1. Th. S. 107.

[74]) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. 2. med. 4.

[75]) CELSUS *in L. 39. D. de LL.* ſagt: Quod non ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtinet.

achtet hat; ſo kann wohl dieſe nicht als ein Theil der Uſualinterpretation, ſondern leztere vielmehr als ein Theil der erſtern angeſehen werden. Denn die gerichtliche Obſervanz betrift entweder blos die Procesform, d. i. die Art und Weiſe, ſein Recht vor Gericht zu verfolgen; oder das Recht ſelbſt; und in dieſem leztern Falle kann ſelbige entweder die Auslegung eines zweifelhaften Geſetzes, oder die Entſcheidung eines geſezlich nicht entſchiedenen Rechtsfalls, die man in den Gerichten angenommen und zeither befolgt hat, zum Vorwurf haben. Solche Erfahrungen, die von klugen und aufgeklärten Richtern in der Rechtspflege geſammlet worden ſind, können unſtreitig zu Beurtheilung vorkommender Rechtshändel ſichere und gewiſſe Beſtimmungen darreichen, und haben deſto gröſern Werth, je weniger oftmals die allgemeinen Geſetze und Verordnungen einem Richter und Advocaten befriedigende Auskunft ertheilen [76]). Sie nehmen alsdann, durch die ſtillſchweigende Genehmigung des Landesherrn und die Länge der Zeit unterſtüzt, das Gepräge eines Gewohnheitsrechts an, und verdienen nach den ſchriftlich gegebenen Geſetzen den vorzüglichſten Rang [77]). Bloſe Urtheile und

 Ent-

[76]) Hymmens Beyträge zur neueſten juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten 1. Sammlung S. 1. ff.

[77]) Hierher gehört die Stelle des Calliſtratus in *L. 38. D. de LL.* In *ambiguitatibus*, quae ex *Legibus* proficiſcuntur, *conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter iudicatarum auctoritatem, vim legis* obtinere debere. In den römiſchen Geſetzen wird dieſer Gerichtsgebrauch durch die Ausdrücke *ius iudiciorum* L. 3. C. de dot. promiſſ. *mos legum uſitatus*, L. 32. C. de Transact. *quotidianus iudiciorum uſus*, §. 6. I. de Satisdat. und *ſolitus iudiciorum ordo* L. 4. C. de Sent. et interloc. omn. iudic. angedeutet.

Entſcheidungen der Rechtsſtühle, oder gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten, inſofern ſie denen unſtreitig geltenden Geſetzen entgegen ſind, können aber eben ſo wenig das Anſehen einer gerichtlichen Obſervanz behaupten, als den Richter verbinden, dasjenige, was vormahls in ähnlichen Fällen erkannt worden, gleichfalls auch noch jezt zu erkennen, geſezt auch daß noch ſo lange auf ſolche Art geſprochen worden wäre [78]). Denn eines Theils ſind Richter eben ſo wenig, als die Rechtsgelehrten, Geſezgeber; und andern Theils wird der Richter, wenn er gegen die Praeiudicia ſeiner Vorfahren ſpricht, ſich immer mit der deutlichen Verordnung des K. Juſtinians [79]) decken können, welche die Richter anweißt, nicht darnach zu ſprechen, was hin und wieder in ähnlichen Fällen iſt erkannt worden, ſondern jederzeit die Geſetze ſelbſt zur Richtſchnur zu nehmen. Hieraus wird ſich nun leicht beurtheilen laſſen, was von der Behauptung derjenigen zu halten ſey, welche den verliehrenden Theil von Erſtattung der Proceßkoſten befreyet wiſſen wollen, wenn derſelbe die gemeine Meinung der

78) Auſer dem von Hellfeld Not. o. angeführten GRIEBNER haben eben ſo geurtheilet REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum Vol. I. Obſ. 3. PUFENDORF Proc. civ. P. III. C. 22. §. 16. Seyfarth im teutſchen Reichsproces Cap. 23. §. 4. Quiſtorp Grundſätze des peinlichen Rechts 1. Th. 1. Abſchn. 1. Cap. §. 13. u. a. m.

79) *L. 13. C. de Sent. et interlocut. iudic.* Nemo iudex vel arbiter exiſtimet, neque conſultationes, quas non rite iudicatas eſſe putaverit, ſequendum, non enim, ſi quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, *quum non exemplis, ſed legibus iudicandum ſit;* neque etc. — ſed omnes iudices noſtros *veritatem*, et *legum* et *iuſtitiae* ſequi veſtigia ſancimus.

der Rechtsgelehrten, oder ſogenannte praeiudicia, d. i. Entſcheidungen und Urtheile eines oder verſchiedener Rechtsſtühle, die in einem ähnlichen ſtreitigen Fall ertheilet worden ſind, für ſich hätte [80]). Bey der groſſen Anzahl von Rechtsgelehrten, die auſſer unſern Auctor (Not. o.) dieſer Lehre zugethan ſind, ſcheint es beynahe eine Verwegenheit zu ſeyn, dagegen Zweifel zu erregen. Allein erwägt man, was ſchon ein berühmter Rechtsgelehrter des vorigen Jahrhunderts [81]) mit eben ſoviel Wahrheit als Freymüthigkeit ſagte, daß gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten nicht ſelten gemeine Irthümer ſind, und daß ſich bey dem groſſen Vorrath iuriſtiſcher Schriften ſchwer beſtimmen laſſe, welche Meinung für eine allgemeine zu halten ſey; daß es ferner bey den Meinungen der Rechtsgelehrten nicht darauf ankomme, was ſie behaupten, oder wie viele unter ihnen einen Saz annehmen, ſondern *ob und inwiefern Geſeze und Rechtsgründe ihren Lehren beyſtimmen* [82]); ſo iſt in keinem Betrachte abzuſehen, wie das *bloſe Anſehen* der Rechtsgelehrten den verliehrenden Theil gegen die Vergütung der Unkoſten ſchützen könne, da er weiß, daß der Richter nicht nach Meinungen der Rechtsgelehrten, ſondern nur nach Geſetzen und deren Analogie urtheilen dürfe. Bedenkt man ferner, daß, wenn die Entſcheidung des Richters gegen die angeführten praeiudicia iuris ausfällt, ſodann vermöge des Urtheils der verliehrende Theil als derjenige zu behan-

80) BRUNNEMANN Proc. civ. Cap. 27. n. 78. REINHARTH de errorib. Pragmaticor. in doctrina de compenſat. expenſar. §. 30. LAUTERBACH de expenſis victoriae th. 44. LEYSER Spec. LXXXVIII. m. 1. Hoffmann teutſche Reichspraxis §. 797. und andere mehr.

81) *Caſp.* ZIEGLER Dicaſtic. *Concl.* 39. §. 30.

82) *L. un. §. 6. Cod. de vet. iure enucl.*

handeln ſey, der ohne Beyſtand des Rechts, das, was in andern Fällen erkannt worden, gebraucht, mithin in iure geirret hat, daß überdies dieſer Irrthum ein ſolcher iſt, welchen der Sachfällige Theil hätte vermeiden können, wenn er die Thatumſtände und Rechtsgründe der beygebrachten Entſcheidungen ſorgfältiger geprüft, und mit ſeiner eigenen Rechtsſache verglichen hätte; daß es endlich offenbar ungerecht iſt, wenn der obſiegende Gegner einen ſolchen nicht zu entſchuldigenden Irrthum des andern Theils mit ſeinem Schaden durch die Einbuſſe der Proceßkoſten entgelten ſolle; erwägt man alles dieſes ohne Vorurtheil, ſo wird man es gewiß nicht unbillig finden, wenn man in unſern Tagen jene alte Lehrmeinung auszurotten angefangen hat [83]).

Daß übrigens die Meinungen angeſehener und bewährter Rechtsgelehrten in ſolchen zweifelhaften Rechtsfällen, die in den Geſetzen entweder gar nicht, oder nicht deutlich entſchieden ſind, wenn ſie mit der Analogie des bürgerlichen Rechts, oder mit den Grundſätzen des natürlichen Rechts übereinkommen, nicht zu verachten ſind, hat keinen Zweifel [84]).

Zulezt bemerkt unſer Auctor noch, daß eine Obſervanz, worin alle oder wenigſtens die meiſten Rechtscollegia mit einander übereinkommen, **Praxis** genennt werde. Man verwechſele jedoch hiermit nicht diejenige Bedeutung des Worts Praxis, von der ich oben beym §. 27. gehandelt habe.

Uebri-

[83]) Man ſehe vorzüglich D. Ad. Dietr. Weber über die Proceßkoſten, deren Vergütung und Compenſation. (Schwerin, Wismar und Bützow 1788. 8.) §. 10. u. 11.

[84]) *Io. Wolg.* TEXTOR Diſſ. de auctoritate Interpretum iuris. Altorf. 1670. und Quiſtorp a. a. O.

Uebrigens ſind nun durch den Gerichtsgebrauch oder eigentlich durch eine Uſualerklärung viele neue Rechtsleh- ren und Rechtsmittel eingeführet worden, von denen ich z. B. nur die Provocation ex lege diffamari und ex lege ſi contendat, ferner das iuramentum per- horreſcentiae nennen will, andere mehrere zu ge- ſchweigen.

§. 34.

Verſchiedene Arten der Doctrinalerklärung.

Die Doctrinalerklärung der Geſetze iſt wie- der zweierley. Sie iſt entweder bemüht, den Sinn ei- nes Geſetzes blos aus denen Worten deſſelben, und de- ren Bedeutung zu beſtimmen; oder ſie unterſucht den Zweck und Abſicht des Geſezgebers, und beſtimmt den Sinn des Geſetzes aus dem Grunde deſſelben. Jene wird die grammatiſche, von andern auch die phi- lologiſche; dieſe aber die logiſche oder philoſo- phiſche Erklärung genennt [85]). Leztere geſchiehet, wenn die philologiſche oder grammatiſche vollendet iſt, und kann ohne dieſe nicht beſtehen. Es darf jedoch auch die grammatiſche Erklärung von der logiſchen nicht getrennt werden [86]). Denn eine blos grammatiſche Auslegung, welche Worte klaubt, und nach Spizfindig- keit haſcht, dabey aber die Abſicht des Geſezgebers ver- fehlt, iſt Chikane [87]), oder wie **Cicero** [88]) die Sache rich-

85) S. *I. H.* BOEHMERI *Praefat.* de interpretationis grammaticae fatis et uſu vario in iure Ro- mano, vor BRISSONIUS *de Verb. Significat.*

86) Die Geſetze ſelbſt geben dieſes deutlich zu erkennen. *L. 6. §. 1. D. de V. S.* und *L. 7. §. 2. D. de iurisdict.*

87) *L. 29. D. de LL.* wo geſagt wird, daß derienige ge- gen das Geſez handele und chikanire, *qui, ſalvis verbis legis, ſententiam eius circumvenit.*

88) *Lib. I. de officiis cap. 10.*

richtig ausdrukt, *callida et malitioſa iuris interpretatio.* Dieſen beiden Arten der doctrinalen Geſetzerklärung fügen viele [89]) noch eine dritte Gattung bey, welche ſie die politiſche Geſezerklärung nennen. Man verſtehet darunter diejenige Erklärungsart, welche unterſucht, ob und in wiefern die Geſetze, deren wir uns bedienen, dem heutigen Zuſtande und Verfaſſung unſerer Zeiten angemeſſen, und dahero anwendbar ſeyn oder nicht. Daß dieſe Erklärungsart, welche bey Entwickelung des wahren Sinnes der Geſetze, auf die Sitten und Verfaſſungen derjenigen Zeiten Rückſicht nimmt, für welche ſie urſprünglich ſind gegeben worden, von groſer Wichtigkeit, ja unentbehrlich ſey, um ſowohl von denen in Teutſchland geltenden fremden, als auch einheimiſchen ältern Geſetzen z. B. der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. eine richtige Anwendung zu machen, hat keinen Zweifel. Denn ſo kommen z. B. in dem römiſchen Geſezbuche viele Verordnungen vor, die ſich auf blos römiſche in Teutſchland ganz unbekannte Sitten und Verfaſſungen beziehen, desgleichen Geſetze, die nach Heidenthum und Deſpotismus der heidniſchen Kaiſer ſchmecken, und auf chriſtliche Staaten durchaus keine Anwendung leiden [90]). Eben ſo macht auch der ſeltden

89) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. II. §. 8. not. a. *Chriſt. God.* PELLER Diſſ. de interpretatione Legum politica. *Altorf.* 1719. HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas Spec. II. med. 3. u. a. m.

90) Zum Beiſpiel dient das *iuramentum per genium Principis. L. 2. C. de reb. cred. et iureiur.* Man ſehe *Iul. Frid.* MALBLANC doctr. de iureiurando Lib. III. c. IV. §. 67. S. 249. Mehrere Beiſpiele liefert *Henr. Ern.* KESTNER de iurisprudentia paganizante. *Rintelii* 1713.

den Zeiten Carls V. ſehr veränderte Zuſtand der teutſchen Staaten viele Verordnungen der P. Gerichtsordnung heutiges Tages ganz unanwendbar. Allein deswegen glaube ich doch nicht, daß die ſogenante politiſche Geſezauslegung eine beſondere Gattung der Geſezerklärung ausmache, ſondern ich rechne ſie mit zur philoſophiſchen.

§. 35.

Grundſätze der grammatiſchen Geſezerklärung. Juriſtiſche Critic.

Alle vernünftige Geſezerklärung muß nun alſo von grammatiſcher Entwickelung des Wortverſtandes ihren Anfang nehmen. Denn Worte ſind Zeichen der Gedanken, und das Mittel, den Willen des Geſetzes zu erkennen [91]). Den Sinn der Worte aber beſtimmt der Sprachgebrauch, welcher, wie der Werth der Münzen, bald ein allgemeiner, bald ein beſonderer ſeyn kann. Da jedoch Abweichung vom allgemeinen Sprachgebrauch im Zweifel nicht vermuthet wird, ſo bildet ſich nun hieraus die erſte Regel der grammatiſchen Geſezauslegung: Worte eines Geſetzes müſſen ſo lang in dem Sinn genommen werden, den ſie, nach dem gewöhnlichen Redegebrauch der Nation, für welche das Geſez beſtimmt war, haben, bis andere zuſammentreffende beſondere Umſtände einen andern nothwendig machen. Iſt aber lezterer Fall vorhanden, ſo muß alsdann der beſondere

[91]) Man vergleiche hierbey, was Celſus ſagt in *L. 7. §. 2. D. de ſupell. legat.* wo beſonders der ſehr richtige Gedanke vorkommt: *etſi prior atque potentior eſt, quam vox, mens dicentis, tamen nemo ſine voce dixiſſe, exiſtimatur.*

dere Redegebrauch des Geſezgebers ausgemittelt, und zum Maasſtab genommen werden [92]).

Worte können ferner in dieſer oder jener Zuſammenſetzung oft einen ganz andern Sinn enthalten, als ihnen der Redegebrauch einzeln beylegte. So wie es nun bey Münzen iſt, daß nicht blos der Werth der einzelnen Scheidemünze, ſondern zugleich auch das Verhältnis, das zwiſchen ihnen und den gröbern Sorten der Gebrauch feſtſezt, den Werth der leztern beſtimmt; ſo hängt nun gleichfalls der Sinn einer Rede nicht blos von dem Sinne der einzelnen Worte, ſondern zugleich von dem Werthe ab, den ihnen in ihrer Verbindung der Redegebrauch beylegt. Hieraus ergiebt ſich die zweite Regel der grammatiſchen Geſezerklärung: Worte eines Geſetzes ſind jederzeit in demjenigen Sinne zu erklären, den ihnen der Sprachgebrauch in der Verbindung, welche ſie in dem Geſez haben, beygelegt hat. Da aber zuweilen Worte auch in ihrer Verbindung einen verſchiedenen Sinn zulaſſen, woraus Zweydeutigkeit der Rede entſtehet, ſo iſt nun alsdann, welches die dritte Regel iſt, diejenige Bedeutung anzunehmen, welche mit dem Gegenſtande, wovon das Geſez redet, d. i. mit dem Subject und deſſelben Prädicat am beſten übereinſtimmt [93]). Auch

92) Dieſe Regel iſt ganz allgemein, und findet auch bey Erklärung anderer Willensverordnungen ſtatt. *L. 69. D. de legat. 3.* Non aliter *a ſignificatione verborum* recedi oportet, quam cum manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe *teſtatorem.*

93) *L. 67. D. de Reg. Iur.* giebt die Regel: *Quoties idem ſermo duas ſententias exprimit, ea potiſſimum accipietur, quae*

Auch giebt uns ferner der Grundſaz des gemeinen Menſchenverſtandes, nicht gedankenlos zu reden, eine vierte Regel an die Hand: daß im Zweifel kein Wort umſonſt im Geſez zu ſtehen vermuthet werden könne, ſondern in jedem ein Ausdruck, Beſtimmung oder Aufklärung des Willens des Geſezgebers, und zwar derjenige zu ſuchen ſey, der dieſem Wort entſpricht[94]). Da übrigens unſere Geſezbücher, beſonders das römiſche und kanoniſche, aus den Geſetzen ſehr verſchiedener Zeitalter und Verfaſſer ſind zuſammengetragen worden, ſo verſtehet ſich daraus, welches die fünfte Regel iſt, daß die Worte der Geſetze jederzeit nach denjenigen Redegebrauch zu erklären ſind, welcher zu der Zeit, da dieſelbe gegeben worden, und unter der Claſſe von Leuten, die ihre Verfaſſer waren, üblich geweſen iſt. Man darf in der That nur wenig Beleſenheit in den römiſchen Claſſikern haben, ſo wird man bald einen groſen Unterſchied zwiſchen der Latinität der römiſchen Rechtsgelehr-

quae rei gerendae aptior eſt. Und *L. 19. D. de LL.* ſagt: In ambigua voce legis ea potius accipienda eſt ſignificatio, *quae vitio caret;* d. i. wie es *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. h, l. richtig erklärt, per quam fiat, ne quid male et abſurde conſtitutum videatur.

94) CELSUS *L. 7. §. 2. D. de ſupellect. legat.* ſagt: Nemo exiſtimandus eſt dixiſſe, quod non mente agitaverit. Zuweilen iſt es jedoch ſelbſt denen römiſchen Rechtsgelehrten begegnet, daß ſie anders gedacht, als ſie geredet haben, und ihre Worte mit ihrer Meinung, oder dem, was ſie eigentlich ſagen wollten, nicht übereinſtimmen. Man ſehe *H. G. von* VRYHOFF Obſervat. iuris civil. cap. XXIV. S. 124.

gelehrten, aus deren Schriften die Inſtitutionen und Pandecten des K. Juſtinians compilirt worden ſind, und derjenigen lateiniſchen Schreibart gewahr werden, welche in den Verordnungen der chriſtlichen Kaiſer und der römiſchen Päbſte herrſcht. Jene iſt noch immer ächte römiſche Schreibart und Zuſammenſetzung [95]), wenn auch gleich der Ausdruck nicht immer ciceronianiſch iſt [96]), allein in den Verordnungen der chriſtlichen Kaiſer leuchtet ſchon überall das ſogenannte patriſtiſche, oder Kirchenlatein hervor [97]), doch immer noch erträglicher, als die in den Verordnungen der Päbſte herrſchende, ſchlechte, und mit den gröbſten Idiotismen und Barbarismen verunſtaltete Schreibart, die man überhaupt durch Mönchlatein auszudrucken pflegt [98]).

So

95) *Car. Andr.* DÜCKER Opuſcula de Latinitate veter. ICtorum. *Lugd. Bat.* 1711. *Ge. Caſp.* KIRCHMAIERI Opuſcula VI. rariſſima de Latinitate Digeſtorum et Inſtitutionum D. Iuſtiniani Imp. *collecta et edita a Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8.

96) *Herm.* NOORDKERCK Obſervat. iur. Rom. Decad. c. IV. p. 85. ſqq.

97) S. *Chr.* CELLARIUS de barbarism. et idiotism. ſermonis latini cap. VII. Die Urſachen entwickelt ſehr ſchön *Io. Aug.* WOLF oder *Chr. Frid.* POHL Disp de latinitate eccleſiaſtica in Codice Theodoſiano Lipſiae 1774. Daß die Geiſtlichen überdies groſen Einfluß in die Geſezgebung der chriſtlichen Kaiſer gehabt, zeigt *Corn. Wilh. de* RHOER in Diſſertat. de effectu religionis chriſtianae in Iurisprud. Rom. Faſcic. I. *Groeningae* 1776. 8. Diſſert. III.

98) Ich habe hiervon in meinen Praecognitis iurisprud. Eccleſiaſt. §. 206. S. 509. umſtändlicher gehandelt.

So unangenehm auch ein ſolches Studium iſt, ſo wenig kann man doch ohne dieſe Kenntniſſe bey Erklärung jener Geſetze fortkommen. Selbſt der Styl der ältern römiſchen Rechtsgelehrten in unſern Inſtitutionen und Pandecten iſt ſehr verſchieden, je näher dem Zeitalter des Cicero, deſto zierlicher; oft aber auch ſehr kurz, und ſchwer zu verſtehen, wie z. B. in denen Fragmenten des Africanus, Paulus, Papinians und Scävola [99]). Nicht ſelten miſcht ſich auch die Schreibart des Tribonians und ſeiner Gehülfen ein; hierdurch ſind manche Barbarismen in die Fragmente der römiſchen Juriſten gebracht worden, deren man ſie unbillig beſchuldiget hat [100]). Ueberhaupt iſt es bey der grammatiſchen Erklärung der Geſetze des römiſchen und kanoniſchen Rechtskörpers eine Bemerkung von groſer Wichtigkeit, daß man immer die Worte des Verfaſſers von den Worten des Compilators unterſcheide, und den Sinn des Auctors einer zu erklärenden Geſezſtelle nicht mit dem untergeſchobenen Sinne des Compilators verwechſele, welcher oft von jenem ganz verſchieden iſt [1]). Um nun in jedem Falle diejenigen Be-

99) ECKHARD Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. 3. *de Latinitate et ſtilo veterum ICtorum.*

100) Man vergleiche hier vorzüglich *Ioſeph.* PINESTRES ET DE MONSALVO in Hermogeniano *Diſſ. praelimin.* §. 40.

1) *Egregia obſervatio eſt,* ſagt *Herm.* NOORDKERCK Specim. lectionum ſ. Disquiſit. de Lege Petronia Cap. II. §. 15. *quam a ſummo accepimus* CUIACIO, *in legibus explicandis ad duplicem ſaepe ſenſum attendi debere: alterum genuinum, quem ipſe Auctor exprimere voluit; alterum, quem* IUSTINIANUS, *ſeu quorum miniſterio uſus eſt Imperator, verbis affixerunt.* Gebrauch haben von dieſer eleganten Bemerkung gemacht *Iac.* GO-

deutungen der Worte eines Geſezes zu finden, welche ſie in der Verbindung, die ſie in dem Geſez haben, zu der Zeit, da daſſelbe iſt gegeben worden, gehabt haben, ſo dienen uns nun zwar hierbey vorzüglich diejenige Schriften, welche uns mit dem geſezlichen Sprachgebrauch bekannt machen [2]); jedoch dürfen auch andere Hülfsmittel,

THOFREDUS Comment. ad L. 5. Cod. Theod. de teſtament. und *Iac.* VOORDA Elector. lib. ſing. cap. XXII. Da jedoch Juſtinian alles dasjenige, was ſeine Compilatoren aus denen ältern Geſezen und juriſtiſchen Schriften zuſammengetragen, und in den Worten geändert haben, ſich dergeſtalt zu eigen gemacht hat, als wenn alles von ihm ſelbſt herrühre, *Praef. Digeſt. Conſt. I.* §. 7. ſo wird freylich in ſolchem Colliſionsfall ſenſus Triboniani den Vorzug behaupten müſſen, ſo lang derſelbe nicht mit andern Stellen, wo Tribonian genuinum et primigenium auctoris ſenſum deutlicher vorgetragen, in Widerſpruch ſtehet. Man ſehe *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diſſ. IV. cap. IV. S. 163. u. folg. und *I. L. E.* PÜTTMANN Interpret. et Obſervat. lib. ſing. cap. XIX. S. 89.

[2]) Hierher gehört, was die reine lateiniſche Sprache betrift, vorzüglich *Barn.* BRISSONIUS de verborum, quae ad ius civile pertinent, ſignificatione, ſtudio *Io. Gottl.* HEINECCII et *Iuſt. Henn.* BOEHMERI *Halae* 1743. fol. und *Io.* WUNDERLICH Additamentor. volumen. *Hamburg.* 1778. f. Insonderheit aber, um den Styl der römiſchen Rechtsgelehrten kennen zu lernen, dienen die Biographien der einzelnen Rechtsgelehrten, dergleichen *Ev.* OTTO vom Servius Sulpicius, P. Alfenus Varus und Papinian; *N. H.* GUNDLING vom C. Trebatius Teſta; *Ian.* STEENWINCKEL vom C. Caſſius Longinus (Leiden 1778.) *G. A.* IENICHEN und *Hier. van* ALPHEN vom Javolenus Priscus; *C. B.* ACOLUTHUS und *Chr. Gott.* RICHTER vom Neratius Priscus; *Io.* WUNDERLICH vom L. Voluſius Mäcianus;

mittel, als Paralelſtellen; desgleichen Ueberſetzungen, nicht blos griechiſche, wie Theophilus von Juſtinians Inſtitutionen, und die übrigen Verfaſſer der Juſtinianeiſchen Geſezbücher von den Pandecten und Codex geliefert haben, aus welchen die Baſiliken des Kaiſers Leo gröſtentheils compiliret worden ſind; ſondern auch ächtlateiniſche, wie die Haloandriniſche und Hombergkiſche von denen griechiſchen Novellen des Kr. Juſtinians; ja auch wohlgerathene und nach richtigen Grundſätzen der grammatiſchen Interpretation geſchriebene teutſche Ueberſetzungen, wie z. B. der ohnlängſt erſchienene Verſuch über des zweiten Buchs vierzehnden Titel von Verträgen, nicht hintangeſetzet werden [3]). Auch ſind die Gloſſen ſowohl des civil, als kanoniſchen Rechts nicht ganz zu verwerfen [4]). Ein vor-

cianus; *I. G.* HEINECCIUS von P. Juventius Celſus; *Meinard.* TYDEMANN von Ulpius Marcellus; *van* ECK und *Chriſt. Gottl.* BIENER von Antiſtius Labeo; HEINECCIUS vom Salvius Julianus; CUIACIUS von Sext. Cäcil. Africanus; *B. H.* REINOLD vom S. Pompon; *Chr.* RAU von Claudius Tryphoninus; Ebenderſelbe von Aurel. Arcadius Chariſius; *C. van* BYNCKERSHOECK vom Styl des Ulpians Obſ. VIII. 15. u. a. m. geſchrieben haben, überhaupt vergleiche man FRANCK *vitas tripartitas ICtorum veterum* Halae 1718. 4. Soviel die barbariſch lateiniſche und griechiſche Sprache des mittlern Zeitalters anbelangt, ſo iſt vorzüglich zu gebrauchen *Car. du* FRESNE *du Cange* Gloſſarium nach der Ausgabe der Benedictiner, und CARPENTIER Supplement. ad Cangium. S. meine *Praecogn. iur. eccl.* §. 205. not. 11.

3) Sammlung der röm. Geſetze auf Befehl K. Juſtinians verfertigt. 1. Th. Pandecten Frankf. u. Leipzig 1785. 8.

4) Man vergleiche hier *Abr.* WIELING Orat. pro Gloſſatoribus hinter Deſſelben *Lectionib. iuris civ.* Traj. ad Rhen. 1740.

vortrefliches Hülfsmittel, den wahren und urſprünglichen Verſtand eines Geſetzes zu ergründen, iſt jedoch die Vergleichung aller der aus eben demſelben Buch eines Rechtsgelehrten genommenen Stellen in denen Pandecten mittelſt ihrer Inſcription; desgleichen die Verbindung derjenigen Conſtitutionen des Juſtinianeiſchen Codex, welche einerley Ueberſchrift und Unterſchrift haben, auch urſprünglich zuſammengehörten, von den Compilatoren aber getrennt worden ſind [5]), wobey Abraham **Wielings** *iurisprudentia reſtituta* Amſterdam 1727. 8. und **C. F. Hommels** *Palingeneſia librorum iuris veterum*, Leipzig 1767. und 1768. *Tomi III.* dem Geſezausleger groſen Nutzen leiſten.

Es beſchäftiget ſich jedoch die grammatiſche Geſezerklärung nicht bloß allein mit der Beſtimmung des Wortverſtandes, und Bedeutung der Worte, ſondern ſie hat auch noch ein zwotes wichtiges Geſchäft, welches in Berichtigung und Verbeſſerung des Textes, wenn derſelbe verdorben, deßgleichen in Unterſcheidung des Aechten von dem Falſchen beſtehet, inſofern der Text interpolirt ſeyn ſollte. Man nennt dieſen Theil der grammatiſchen Geſezauslegung, welcher in Herſtellung der Richtigkeit des Textes beſtehet, die juriſtiſche Critic [6]). Dieſelbe kann von der grammatiſchen Inter-

[5]) Dieſes haben mit vielen Beiſpielen beſtärkt *Iac.* LABITTUS in Uſu indicis Pandectarum; *Henr.* BRENCMANN Diſſ. de Legum Inſcriptionibus; und *Bern. Henr.* REINOLD Orat. de Inſcript. LL. Digeſt. et Cod. hinter *Abr.* WIELING iurispr. reſtit.

[6]) *I. G.* HEINECCII *Praefat.* BYNCKERSHOECKII *Obſervat. praemiſſa*, de artis criticae utilitate in iurisprudentia, deque boni critici officio; auch in Deſſelben *Opuſc. minorib. varii argumenti* Opuſc. III. S. 23. folgg.

terpretation nicht getrennt werden, weil ohne dieſe der wahre Wortverſtand eines Geſetzes, den man durch die Sprachkenntnis bekommt, weder feſtgeſezt, noch ein ſicherer Grund gelegt werden kann, den eigentlichen Sinn des Geſetzes zu beſtimmen, ſo lang nicht gewiß iſt, daß der Text richtig ſey. Dieſe juriſtiſche Critic iſt nun zwar in jedem Theile der Rechtsgelahrtheit nöthig, jedoch nirgends mehr, als bey Erklärung der Geſetze des römiſchen und kanoniſchen Rechtskörpers. Man darf ſich auch hierüber eben nicht wundern. Denn erſtlich ſind die Compilatoren beyder Geſezbücher mit den Geſetzen, die ſie ſammleten, oft ſehr willkührlich verfahren; ſtatt ſie zu excerpiren, und einen kernhaften Auszug aus denſelben darzuſtellen, haben ſie dieſelben zuweilen ganz verſtümmelt, oft Geſetze zerſchnitten, und die einzelnen Stücke unter ganz verſchiedene Titel gebracht, oft mehrere, welche ihnen gleichen Inhalts zu ſeyn ſchienen, in eins zuſammengeſchmolzen, und dadurch die Geſetze nicht wenig verdunkelt. Nicht ſelten haben ſie auch weſentliche Veränderungen in denen Worten der Geſetze ſelbſt vorgenommen, manches hinzugeſezt, manches weggelaſſen, und hierdurch den Geſetzen zuweilen einen ganz andern Sinn beygelegt. Man nennt dergleichen Interpolationen und Veränderungen, welche die Compilatoren unſerer Geſezbücher in den Worten der Geſetze vorgenommen, *Emblemata Triboniani*, *Emblemata Gratiani* und *Raymundi* [7]). Zudem ſind zweitens

[7]) *Chr. Fr. Ge.* MEISTER Diſſ. de principio cognoſcendi emblemata Triboniani, in Opuſc ſyll. I. N. IV. *Io.* CHIFLETII Diſſ. apologet. de iuris utriusque architectis, Iuſtiniano, Triboniano, Gratiano et Raymundo, in OTTONIS *Theſ. iur. Rom. Tom. I.* S. 161. u. folgg. *Io. Chr. Wilh.*

tens unſere Geſezbücher mancherley Abſchreibern und unwiſſenden Leuten in die Hände gefallen, die dasjenige, was ihnen dictiret wurde, oder ſie ſelbſt abſchrieben, oft eben ſo wenig verſtanden, als abgerichtete Vögel das Liedgen, was ſie uns vorſingen. Dieſe haben durch ihre Unwiſſenheit nicht nur die Worte der Geſetze hin und wieder verdorben, ſondern auch nicht ſelten Randgloſſen mit in den Text hineingebracht, und hierdurch die Geſetze nicht wenig verdunkelt [8]). Sie haben überdies bey denen Fragmenten *ex libris ad Edictum* die Worte des Edicts von den Worten des röm. Rechtsgelehrten, wodurch er daſſelbe erläutern wollte; desgleichen bey denen Stellen *ex libris Reſponſorum et Quaeſtionum* die Worte des Anfragenden von der Antwort oder ertheilten Belehrung des Rechtsgelehrten nicht immer genau genug unterſchieden [9]). Auch ſind durch unrichtige Interpunction, Trennung zuſammengehöriger oder Zuſammenfügung unterſchiedener Wörter; nicht weniger durch fehlerhafte Abtheilung der Paragraphen eines Geſetzes [10]) viele Stellen unſers römiſchen Rechts-

kör-

Wilh. de STECK de interpretationibus Raymundi de Penna Forti decretalium compilatoris commentar. Lipſiae 1754. ECKHARD Hermenevt. iur. Lib. I. c. 6. et c. 8. §. 318. ſqq.

8) Beiſpiele von ſolchen Gloſſemen hat *Io. van de* WATER Obſervat. iuris Rom. Lib. I. c. 15. Lib. II. c. 9. c. 20. Lib. III. c. 4. Man vergleiche auch WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. c. 2. S. 41. u. folg.

9) S. DUAREN. Anniverſ. Diſputat. Lib. II. c. 28. *M. A.* GALVANUS de Uſufructu c. XI. n. 8. und cap. XIV. in fin. *van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. II. c. 17. S. 208. u. folgg.

10) So z. B. muß in *L. 1. §. 33. D. depoſiti* vor *eiusdem* geleſen werden eius dem und in *L. 6. §. 2. D. ad SCtum*

Tre-

körpers verunſtaltet worden. Doch wer vermag ſie alle zu erzählen die vielerley Unrichtigkeiten, die durch Unwiſſenheit und Nachläſſigkeit der Abſchreiber und Buchdrucker ſich in unſere Geſezbücher eingeſchlichen haben.

Die Pflichten des critiſchen Geſezauslegers ſind nun:

1) die von den Compilatoren verſtümmelten Geſeztexte aus den Quellen zu ergänzen und herzuſtellen,

2) zu unterſuchen, ob und in wiefern ein Geſez von den Compilatoren interpolirt worden ſey. Zwar dürfen freylich die ſogenannte *Emblemata Compilatorum* nicht verworfen werden, da, wo die veränderte Staats- undRechtsverfaſſung, dergleichen Veränderungen in denen Geſetzen nothwendig machte, zumahl die Verfaſſer unſrer Geſezbücher hierzu authoriſirt waren; allein es iſt doch auch gewiß, daß zur richtigen Beſtimmung des Wortverſtandes dem Ausleger zu wiſſen unumgänglich nöthig iſt, was in dem Geſez von dem Urheber ſelbſt und was vom Compilator iſt, wenn er nicht in unvermeidliche Widerſprüche und unauflösliche Schwierigkeiten gerathen will [11]). Nur muß hierin nach richtigen Erkennt-

 nis-

Trebell. gehören die Worte *ſed et ad filium* offenbar noch zum Schlus des §. 1.

[11]) Zum Beiſpiel kann *L. 9. §. 2. D. de ſupell. leg.* dienen, woſelbſt die Worte: *utique ſi non in uſu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*, unerklärbar wären, wenn man nicht ein Emblema Triboniani annähme, denn ohne Zweifel war von einem ſolchen Fall die Rede, wo die Sache ſub pacto fiduciae verpfändet war, und der Creditor ein interimiſtiſches Eigenthum hatte; weil aber zu Ju-

nisgründen verfahren werden, damit man nicht Emblemata zu finden vermeinet, wo doch dergleichen wirklich nicht vorhanden ſind [12]). Hierzu wird nun freylich eine genaue Kenntniß von der Chronologie der römiſchen Rechtsgelahrtheit, und fleißige Vergleichung der Quellen, aus denen die Compilatoren geſchöpft haben, vorzüglich der Fragmente des Antejuſtinianeiſchen römiſchen Rechts, d. i. der Ueberbleibſel, die wir noch von einigen Schriften der ältern römiſchen Rechtsgelehrten, desgleichen vom Gregorianiſchen, Hermogenianiſchen und Theodoſianiſchen Codex haben, erfordert, um zu beurtheilen, ob das Recht, was uns unter der Aufſchrift eines röm. Rechtsgelehrten, oder eines Kaiſers vorgetragen wird, wirklich dazumahl üblich geweſen ſey. Die Pflicht des Kritikers iſt weiter,

3) mit Hülfe der Inſcriptionen, welche über den einzelnen Geſetzen der Pandecten und des Codex befindlich ſind, ſowohl die von den Compilatoren zerriſſene Stellen wieder zuſammen zu fügen ſuchen, und hierdurch den Zuſammenhang der Rede herzuſtellen, als auch denen ſogenannten Legibus fugitivis ihren rechten Plaz anzuweiſen, aus welchen die Compilatoren ſie verdrängt haben [13]). Nicht weniger

4) die

Juſtinians Zeiten dieſe Fiducia aufgehoben war, ſo verwandelte TRIBONIAN die Worte ſi non fiduciae creditoris: in *ſi non in uſu creditoris.* S. *Io. van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 10.

12) So hat man z. B. in *L. 1. D. de Legat. 1.* ein dergleichen emblema Triboniani zu finden geglaubt; allein ohne genugſamen Grund, wie Walch ad Eckhardum §. 240. S. 431. gezeigt hat.

13) Z. B. *L. 6. D. de Transact.* ſtehet ganz am unrechten Orte, und gehört vielmehr zum *L. 1. D. Teſtam. quemadm.*

4) die durch Unwiſſenheit der Abſchreiber in den Text eingeſchlichene Gloſſeme von den ächten Worten der Geſetze gehörig zu unterſcheiden; und endlich

5) verdorbene Leſearten zu verbeſſern. Dieſes muß jedoch immer nur die lezte Zuflucht des critiſchen Geſezauslegers ſeyn, zu welcher er nie eher ſchreiten darf, als wenn es die höchſte Noth erfordert. Eine ſolche Nothwendigkeit aber iſt nur erſt dann vorhanden, wenn die Worte des Geſetzes, ſo wie ſie lauten, entweder gar keinen oder einen offenbar widerſprechenden Sinn haben. Man emendire aber auch beſcheiden, das heiſt, man ändere in dem fehlerhaften Geſez ſo wenig als möglich; dieſes geſchiehet, wenn man mit Beibehaltung der Worte nur die Unterſcheidungszeichen ändert, oder einzelne Worte zuſammenfügt oder von einander trennt, oder einzelne Sylben oder Buchſtaben in den Worten ändert. Es laſſen ſich jedoch hiervon keine allgemeine Regeln geben; wolte man ins Detail gehen, ſo würden die Regeln eben ſo unzählig ſeyn, als die Urſachen der fehlerhaften Leſearten ſind [14]). Die Hülfsmittel zur Beurtheilung der Richtigkeit des Tex-

adm. aperiant. Denn beyde ſind aus des GAII *lib. 17. ad Edictum provinciale* genommen, und L. 1. §. 1. enthält die abgeriſſnen Worte des L. 6. de Transact. in ihrem völligen Zuſammenhange. Von denen ſogenannten Legibus fugitivis handelt ECKHARD Hermenevt. Lib. I. c. 5. §. 169.

14) *Guil.* BESTIUS de ratione emendandi leges. *Ultrajecti* 1707. auch *Abr.* WIELING *in Praefat.* lectionum iuris civ. *Io.* MERCERII Conciliator, ſive ars conciliandorum eorum, quae in iure contraria videntur: *cum notis B. H.* REINOLDI. *Duisb. ad Rhen.* 1712. ECKHARD Lib. I. c. 2.

Textes und Verbeſſerung deſſelben ſind theils alte glaubwürdige Handſchriften [15]), theils Ausgaben

[15]) Von vorzüglichem Werthe iſt zwar die ſehr alte Handſchrift der Florentiniſchen Pandecten, doch kann ſie nicht in jedem Fall bey Beſtimmung der richtigen Leſeart zur Norm dienen, weil es entſchieden iſt, daß ſie auch hin und wieder Fehler hat. Es ſind daher auch andere alte Handſchriften zu Hülfe zu nehmen. Von ſolchen Handſchriften nicht allein der Pandecten, ſondern auch der übrigen Juſt. Geſezbücher handelt ſehr ausführlich der gelehrte Herr Hofr. WALCH ad Eckhardum Lib. I. c. 2. §. 83. S. 100. ff. und S. 123. ff. S. 135. ff. und S. 140. Auch beſizt unſere Erlanger Univerſitätsbibliothek einen alten Codex vom Digeſto vetere, welcher ſehr gute Leſearten enthält; z. B. in *L. 34. §. 4. D. de iureiur.* ließt unſer Codex: hoc iusiurandum de calumnia *aeque patrono parentibusque* remittitur: wo ſelbſt Codex Florentinus die unrichtige Leſeart *neque patrono neque parentibus* hat, welche mit andern Stellen unſerer Pandecten als *L. 8. §. 5. D. Qui ſatisdare cog. L. 7. §. 3. de obſeq. parent. et patron. praeſt.* in offenbaren Widerſpruch ſtehet. Da die alten Codices meiſt ſehr unleſerlich geſchrieben ſind, und beſonders viel Abkürzungen enthalten, ſo iſt zum Gebrauch ſolcher alter Handſchriften dem critiſchen Rechtsausleger die Diplomatic unumgänglich nöthig. Die mancherley Arten der Handſchriften nach denen Zügen der Buchſtaben lernt man aus BARING Clavi diplomatica. *Hanov.* 1754. 4. auch MABILLONIUS de re diplomatica kennen. Unter den verſchiedenen Abkürzungsarten iſt, was die Florentiniſche Handſchrift der Pandecten anbetrift, beſonders diejenige ſehr gewöhnlich, welche man *Geminatio* nennt. Sie beſtehet darin, daß, wenn Buchſtaben, oder Sylben, oder auch Worte unmittelbar auf einander folgten, welche einerley lauteten, die Abſchreiber ſolche nur einmahl hinſezten, und die übrigen Buchſtaben oder Sylben weg-

war-

ben [17]) von denen juſtinianeiſchen Geſezbüchern, die von bewährten Handſchriften ſind abgedrukt worden.

Vor-

warfen; in ſolchen Stellen müſſen alſo manchmahl Buchſtaben, Sylben, ja zuweilen Worte doppelt geleſen werden. So z. B. wird *eame* für eam a me in *L. 11. §. 3. D. de iureiur.* ferner *defendum* vor defendendum in *L. 45. pr. D. de fideic. libert.* Desgleichen *exhibitis* für exhibitis iis in *L. 3. §. 6. D. ad exhib.* geleſen. S. ECKHARD Lib. I. c. 2. §. 61. u. folg.

[17]) Unter den Ausgaben der Pandecten zeichnen ſich zunächſt diejenigen aus, welche die florentiniſche Leſeart enthalten, oder wo ſie wenigſtens zum Grunde liegt; zu dieſen gehören folgende: 1) *Digeſtorum ſ. Pandectarum libri L. ex florentinis Pandectis repraeſentati per Franciſcum* TAURELLIUM. Florentiae 1553. f. 2) *Ius civile MSS. librorum ope infinitis locis emendatum, et perpetuis notis illuſtratum L.* RUSSARDO *auctore.* Lugd. 1560. f. und Antwerp. 1567. 8. und Ebendaſelbſt 1570. 3) *Corpus iuris civ. cum notis Ant.* CONTII. Pariſ. 1562. Vol. IX. 8. 4) *Digeſta ſ. Pandectae, curante Iac.* VINTIMILLIO. Pariſ. 1548. IX. vol. 8. u. 1550. 5) *Sacr. Princ. Iuſtiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digeſtorum ſ. Pandectarum libri L. opera et diligentia L.* CHARONDAE. Antw. 1575. f. (Am Rande findet man Leſearten aus einem Cod. MS. *Stephani* AUREDANI, welche vortreflich ſind, z. B. die ganz verdorbene Stelle *L. 7. §. 1. fin. D. de captiv. et poſtlim. reverſis* iſt mit Hülfe deſſelben völlig reſtituirt, denn ſtatt *neque viri boni nobis praeſunt,* ließt codex Auredani: *neque iure omni nobis pares ſunt.* 6) *Corpus iuris G. Chr.* GEBAUERI; ſo nach Deſſelben Tode Prof. SPANGENBERG Göttingen 1776. 4. edirt hat; und 7) *Corpus iuris civilis diligentia Io. Frid.* PLITT *denuo editum Hagae Comit. et Francof. ad Moen. 1789.* 8. Auſſer dieſen Florentiniſchen Ausgaben verdienen noch angeführt zu werden 8) *Digeſtorum ſ. Pandectarum iuris civ.* Vol. 5. *Pariſiis ex officina Roberti* STEPHANI 1527. 8.

9) *Di-*

Vorzüglich dienen hierzu auch die Ueberreſte von den Büchern der Baſiliken[18]), denn ſie ſind aus den griechiſchen Ueberſetzungen und Paraphraſen der Juſtinianeiſchen Geſezbücher compilirt worden, welche nicht lange nach Juſtinians Zeiten von Männern ſind gemacht worden, die zum Theil ſelbſt an den Text der Juſtin. Geſezſammlungen gearbeitet, und alſo auch wohl die beſten Handſchriften dabey zum Grunde gelegt haben[19]). Einen groſen Schaz der treflich-

9) *Digeſtorum ſ. Pandectarum libri L. editi Norimbergae per Gregor.* HALOANDRUM 1529. 4. (Dieſe Ausgabe iſt jedoch mit groſer Behutſamkeit zu gebrauchen. *Ad* HALOANDRUM, ſagt *Io. Conr.* RÜCKER in Praefat. Obſervat. et Interpret. S. 4. *in conſtituenda fragmenti alicuius lectione tuto recurrere vix unquam poſſumus: cum enim quam plurima audacter nimis ex ingenio paſſim mutaverit, detraxerit, addiderit, dignoſcere iam nulla ratione poſſumus, quae ipſi, quae vero antiquis codicibus, ſi forte quos adhibuit, debeantur.* Man ſehe auch das Urtheil *Aegid.* MENAGII *Amoen. iur civ.* c. 8.) 10) *Digeſtorum ſ. Pandectar. iuris civ. libri L. ad exemplar Florentinum et Haloandrinum nec non vulgatas editiones quam diligentiſſime collati, paſſimque emendati cura Lud.* MIRAEI *Pariſ.* 1552. u. 1553. Vol. VII. 8. mehrere noch führt *Henr.* BRENCMANN *in Hiſtor. Pandectar.* Lib. III. c. 4. an. Die beſten Ausgaben von den Inſtitutionen, Codex und Novellen findet man beym Walch ad Eckhardum S. 129. folgg.

18) Carl Hannibal Fabrottus hat die Bücher der Baſiliken edirt. Paris 1647. Tom. VII. fol. vollſtändig ſind aber nur 34. S. HOEPFNER *Praetermiſſa quaedam de Βασιλικῶν libris.* Giſſae 1774. Das 49. 50. 51. u. 52. Buch ſtehen vollſtändig in *Tom. V. Theſ. Meermann.* von dem Nutzen derſelben handelt *I. G.* HOFFMANN *Diſſ. ad Pandect.* X. §. 2.

19) Jedoch ſind auch die Baſiliken mit Behutſamkeit zu gebrauchen. Man ſehe ECKHARD Lib. I. c. VII. §. 304. und WALCH ad Eundem S. 548.

treflichſten Bemerkungen zur Critic, und Berichtigung corrupter Texte wird man endlich in denen Schriften der eleganten Rechtsausleger finden, welche ſie unter den Tituln *Obſervationes*, *Emendationes*, *Coniecturae*, *Probabilia*, *Lectiones*, *Membranae* und *Reprebenſa*[20]) herausgegeben haben[21]).

§. 36.

Grundſäze der logiſchen Geſezerklärung.

Iſt nun ſolchergeſtalt der Wortverſtand eines Geſezes nach den Regeln der grammatiſchen Interpretation ausgemittelt worden, ſo kommt es weiter darauf an, ob die wahre Abſicht und Willensmeinung des Geſezgebers durch die Worte erſchöpft ſey, oder nicht. Dieſes muß aus dem Zweck des Geſezgebers oder der Urſach beurtheilt werden, weshalb er das Geſez gegeben hat. Und

[20]) Bekannt ſind die eleganten Schriften eines *Iac.* CUIACII, *Fr.* HOTOMANNI, *Marc.* LYCLAMA *a* NYHOLT, *Franc. de* AMAYA, *Fr.* DUARENI, *Em.* MERILLII, *Ios.* AVERANII, *Ant.* FABRI, *Ant.* AUGUSTINI, *Elb.* LEONINI, *Ger.* NOODT, *Corn. van* BYNCKERSHOECK, *Balth.* BRANCHU, *Iac.* VOORDAE, *Herm.* NOORDKERCK, *Io. Guil.* MARCKART, *Abr.* WIELING, *Io. van de* WATER, *Hub. Greg. van* VRYHOFF, *Ge. D'* ARNAUD, *Pet.* BONDAM, *Io. Conr.* RÜCKER, *Herm.* CANNEGIETER, *B. H.* REINOLDI, *Chriſtfr.* WAECHTLER, *Io. Lud.* CONRADI, *Io. Gottfr.* SAMMET, (receptae lectiones ad Iauchium) *I. L. E.* PÜTTMANNI, und mehrere andere.

[21]) Was ich von der Critic des röm. Rechts geſagt habe, läßt ſich zum Theil auch auf die Critic des canoniſchen Rechts anwenden. Einen Verſuch von einer *critica iuris canonici* enthalten meine Praecognita iuris eccleſiaſtici. Cap. III. Sect. II. S. 417 - 513.

Und hierin beſtehet nun die logiſche Geſezausle- gung, welche die Abſicht und den Beweggrund des Geſezgebers unterſucht, und hieraus beurtheilt, ob man bey den Worten ſtehen bleiben, oder dieſelben ausdeh- nen oder einſchränken müſſe. Hat nun der Geſezgeber ſelbſt den Grund hinzugefügt, der ihn bewogen hat, das Geſez zu geben, ſo hat der Ausleger ſodann keine weitere Mühe, denſelben aufzuſuchen; nur muß es ge- wiß ſeyn, daß der Geſezgeber den wahren, weſentlichen Grund im Geſez angeführt habe. Denn nicht ſelten finden wir, daß die Geſezgeber aus Staatspolitic ihre wahre Abſicht verſchweigen, und ihre Geſetze mit aller- hand Scheingründen zu coloriren ſuchen [22]). Iſt aber der Grund dem Geſetze nicht beygefügt, oder iſt der im Geſez angeführte Grund ſo beſchaffen, daß man billig daran zweifeln muß, ob es der wahre weſentliche Grund ſey; ſo iſt es Pflicht des Geſezauslegers, denſelben aus- zuforſchen, und hier müſſen ihn die Geſchichte von der Veranlaſſung des Geſetzes, Kenntnis der damahligen Staatsverfaſſung, Sitten und Gebräuche, auch herr- ſchend geweſener Meinungen, inſonderheit aber die Phi- loſo-

[22]) Man vergleiche hier *Herm. Ern.* RUMPEL Diſſ. de legum rationibus, quae in ipſis legibus mi- nus accurate exhibentur. *Erfordiae* 1765. Bei- ſpiele aus dem Civilrecht hat auch WALCH ad Eckhar- dum S. 26. aus dem canoniſchen Recht aber habe ich dergleichen in meinen Praecognitis angeführt §. 35. Man hüte ſich jedoch, daß man nicht die in den Geſe- tzen angeführte Gründe ohne Grund für unzureichend hält. Hiervon hat *Frid. Gottfr.* HAUCK in Diſſ. de ra- tionibus ICtorum veterum falſo ſuſpectis *Trajecti ad Rhen.* 1734. ſehr ausführlich gehandelt, wel- che in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſert. Belgicar.* T. I. S. 314. ſteht.

loſophie ſelbſt zum Wegweiſer dienen [23]). Schon oben (S. 206.) habe ich vorläufig auch noch einer andern Quelle erwähnet, woraus man die Abſicht des Geſezgebers beurtheilen kann, von welcher ich nun jezo noch etwas genauer handeln will. Dieſe iſt die Ordnung und der Zuſammenhang eines Geſetzes, oder Stelle mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden des Ganzen, wovon ſie ein Theil iſt. Zwar kann dieſes Mittel auch bey der Auslegung einzelner Geſetze, wenn ſie zumahl aus mehrern Puncten oder Capitteln beſtehen, allerdings angewendet werden; wie z. B. bey der Güldnen Bulle, weſtphäliſchen Frieden [24]) u. d. Allein hauptſächlich findet es doch bey ganzen Geſezbüchern ſtatt. Denn es iſt ganz natürlich, daß wenn eine Menge von Geſetzen über einerley Gegenſtand unter einem Titul ſind geſtellet worden, ſolche nothwendig in einem gewiſſen Zuſammenhange unter einander ſtehen müſſen. Jede Auslegung einzelner Stellen, wenn ſie ächt ſeyn ſoll, muß daher ſo geſchehen, daß Harmonie derſelben mit dem Ganzen, und ſeinen einzelnen Theilen, die darauf eine Beziehung haben, vorhanden iſt. Ich will z. B. nur bey den Geſetzen der Pandecten ſtehen bleiben. So wenig auch zu läugnen iſt, daß in den Pandecten überhaupt eine beſſere Ordnung möglich geweſen wäre,

[23]) *Chriſt. Gottl.* EINERT Diſſ. de Legum rationibus earumque inveſtigandarum regulis. *Lipſiae* 1771. *Conr. Henr. Andr.* HEPKE Comm. de occaſione et ratione legis. *Hanov.* 1754. 4.

[24]) Man ſehe Joh. Nikl. Fried. Brauers Verſuch einer auf dem weſtphäliſchen Frieden angewendeten Auslegungskunde. §. 5. in Deſſelben Abhandlungen zur Erläuterung des Weſtphäl. Friedens. I. Band S. 15. u. folg.

wäre, ſo wenig darf man doch die einmahl darin zum Grunde gelegte Ordnung bey Auslegung einzelner Stellen in denſelben aus den Augen laſſen. Dahero kommt es, daß man zuweilen ein, wenn gleich in allgemeinen Ausdrücken abgefaßtes Geſez, dennoch wegen der Ordnung des Tituls, in welchem es ſteht, blos von gewiſſen beſondern Arten und Fällen erklären muß. So z. B. handelt das ſiebente Buch der Pandecten von perſöhnlichen Dienſtbarkeiten, das folgende achte aber von Dinglichen, und daher muß der erſte Titul des leztern, ſeiner allgemeinen Ueberſchrift (*de Servitutibus*) ungeachtet, doch nur von dinglichen Dienſtbarkeiten, folglich auch die LL. 4. 8. 15. 16. und 18. deſſelben hiervon erkläret werden, obſchon ſie von Dienſtbarkeiten überhaupt zu handeln ſcheinen [25]). Nicht weniger findet ſich auch, wenn gleich nicht immer, unter den einzelnen Geſetzen eines Titels eine gewiſſe Doctrinalordnung und Verbindung [26]), ſo daß oft mehrere derſelben, ob ſie ſchon aus den Schriften ganz verſchiedener Juriſten genommen ſind, nur eine Periode machen, wovon ſogleich die drey erſten Geſetze des erſtern Tituls der Pandecten ein Beiſpiel liefern. Andere, die zwar keine Periode zuſammen ausmachen, werden durch die Verbindungswörter, nam, enim, ſed, autem, vero, etiam, idem, item igitur, itaque, et, ideo ergo, imo und dergleichen in Verbindung gebracht [27]). Noch an-

25) Eben dieſes hat auch ſchon *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. *Lib. I. cap. 17.* gleich zu Anfangs bemerkt.

26) Hiervon handelt Ill. *Io. Chriſtoph.* KOCH in Diſſ. de ordine Legum in Pandectis. *Gieſſae* 1784.

27) Z. B. Lib. I. Tit. I. L. 7. u. 8. Tit. II. L. 1. u. 2. Tit. III. L. 1. 2. L. 4 - 6. 10. 11. 12 - 14. 20. 21. 26 - 28. 29. 30. 33 - 36. 39 - 41. Tit. V. L. 1 - 3. 4. 5. 15. 16. Tit. VI. L. 2 - 4. u. a. m.

andere ſind zwar nicht durch Verbindungswörter, aber doch durch unverkennbaren Zuſammenhang ihres Inhalts verbunden [28]). Hieraus läſſet ſich auch erklären, warum Geſetze, die aus den Schriften eines Juriſten genommen ſind, oft an ganz verſchiedenen Orten ſtehen. Iſt alſo die Ordnung der Geſetze in den Pandecten nicht ganz zufällig, ſo folgt, daß man bey Erklärung derſelben hierauf allerdings Rückſicht zu nehmen habe [29]). Dieſe wird uns lehren, daß manches Geſez der Pandecten wegen des Zuſammenhangs und Gegenſtands des Tituls, unter welchen daſſelbe von den Compilatoren iſt gebracht worden, jezt allgemein zu verſtehen ſey, obſchon die darin enthaltene Regel von dem römiſchen Juriſten, aus deſſen Schriften das Fragment genommen iſt, blos zu Entſcheidung eines beſondern Rechtsfalls, oder zur Erläuterung einer beſondern rechtlichen Materie oder Verordnung urſprünglich iſt gebraucht worden [30]). Es iſt jedoch bey Anwendung der Methode, die Geſetze der Pandecten aus ihrer Ordnung und ihrem Zuſammenhange zu erklären mit groſſer Behutſamkeit zu verfahren, theils weil Tribonian nicht überall auf zuſammenhängende Ordnung einzelner Geſetze dieſelbe Sorgfalt verwandt zu haben ſcheinet, ſondern in manchen Tituln die Geſetze in keiner andern Ordnung zuſammengeſezt hat, als in welcher ſie den Compilatoren bey der Lectüre der Schriften der Rechts-

gelehr-

28) Z. E. Lib. I. Tit. 3. L. 10 - 13. L. 14 - 16. L. 32 - 40. u. d. m.

29) Hiervon hat Herr D. Hufeland in der oben S. 206. Note 49. angeführten Schrift umſtändlicher gehandelt.

30) Oben S. 65. habe ich bey Gelegenheit der *L. 18. D. de poenis* von dieſer Auslegungsart Gebrauch gemacht.

gelehrten vorgekommen ſind [31]); theils weil unleugbar iſt, daß es den Compilatoren an hinlänglicher Geſchicklichkeit und Uebung, eine zuſammenhängende philoſophiſche Ordnung zu beobachten, gefehlt hat. Daher denn in ſolchen Fällen, wo ſchlechterdings kein Zuſammenhang der zu erklärenden Stelle mit den vorhergehenden und nachfolgenden Geſetzen ebendeſſelben Tituls zu befinden, oder das zu erklärende Geſez in dieſer Verbindung einen offenbaren Widerſpruch oder Ungereimtheit zur Folge haben würde, die Cujazĩſche Auslegungsart, wobey man auf die Inſcription des Geſetzes, den Nahmen, Alter, Schreibart und Grundſätze des Juriſten, von dem es herrührt, ſo wie auf die Zuſammenſtellung deſſelben mit dem ganzen Inhalt des Buchs, aus dem es gezogen iſt, Rückſicht nimmt, immer ihren vorzüglichen Werth behält [32]).

Hat

[31]) Z. B. in dem *Tit. 4. 14. 16. 18.* bis *22.* des erſten Buchs der Pandecten. Im *Tit. 7. de adoptionibus* läßt ſich nur bis zum *L. 21.* ein Zuſammenhang bemerken, die übrigen Geſetze dieſes Tituls ſcheinen ohne alle Ordnung unter einander zu ſtehen. Auch in Tit. 15. des 2. Buchs der Pandecten *de Transactionibus* findet ſich wenig Zuſammenhang. Es ſcheint, daß die Compilatoren nicht ſowohl vor Zuſammenſetzung eines Titels, jedesmal einen ordentlichen Plan entworffen, als vielmehr nur unter den einzelnen dahin gehörigen Fragmenten, einigen Zuſammenhang herfürzubringen geſucht haben. S. Hufeland a. a. O. §. V.

[32]) Ein Beiſpiel giebt uns *L. 5. §. 1. D. de pignor. et hypoth.* wo es heißt: *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis ſonus differt.* Dieſes würde mit dem, was *L. 9. §. 2. D. de pignor. act.* von dem Unterſchied zwiſchen *pignus* und *hypotheca* geſagt iſt, einen offenbaren Widerſpruch verurſachen, wenn uns nicht die Inſcription der *L. 5.* MARCIANUS *lib. ſing. ad Formulam*

Hy-

Hat man nun nach dieſen Regeln den wahren Grund des Geſetzes entdeckt; ſo findet ſich oft, daß die Abſicht und Willensmeinung des Geſezgebers weiter gehet, und mehr in ſich faſſet, als die Worte ausdrücken. Hier muß das Geſez nach der Abſicht des Geſezgebers ausgedehnet, und auf alle diejenigen Fälle angewendet werden, welche zwar in den Worten des Geſetzes nicht ausgedruckt ſind, bey welchen aber doch der Grund deſſelben ſtatt findet. So z. B. muß die Verordnung der Güldnen Bulle [33]) von der Vormundſchaft unmündiger Curprinzen, und der Verweſerſchaft der Curlande während der Minderjährigkeit nach dem Geiſt und Abſicht derſelben allerdings auch auf den Fall erſtreckt werden, wenn der rechtmäſige Beſitzer der Curlande aus andern Urſachen als wegen Minderjährigkeit, z. E. wegen Gemüthskrankheit oder Blödſinn zur Regierung unfähig ſeyn ſollte. Denn der Grund aller Vormund, und Verweſerſchaft liegt in der vorhandenen Unfähigkeit, ſich, ſein Vermögen und ſeine Lande zu regieren. Iſt es nun nicht einerley, ob dieſe Unfähigkeit ſich in Minderjährigkeit oder Gemüthskrankheit und Blödſinn äuſſert? Ohne dieſe Ausdehnung würde auch der Zweck des Geſetzes, denen damalen ſo häufigen Streitigkeiten wegen Führung der Wahlſtimme bey einem Zwiſchenreiche zu begegnen, nur halb erreicht worden ſeyn [34]). Oft gehet die Abſicht des Geſezge-

Hypothecariam lehrte, daß der Saz des Marcians blos in Rückſicht auf die hypothecariſche Klage zu verſtehen ſey, wie Juſtinian dieſes auch ſelbſt §. 7. *I. de actionib.* beſtärkt hat.

33) G. B. Cap. VII. §. 3.

34) Man vergleiche die über dieſen Gegenſtand vor Kurzem erſchienene Schrift: Gedanken eines teutſchen Rechts-

bers nicht auf alles, was der Ausdruck unter ſich begreift. Hier iſt das Geſez einſchränkend zu erklären, und blos von denjenigen Fällen zu verſtehen, worauf der Wille des Geſezgebers unmittelbar abzielt. So z. B. werden wir in dem Titel der Pandecten de inofficioſo teſtamento zeigen, wie eingeſchränkt das Geſez verſtanden werden muß, welches ſagt: *exheredatus habetur pro mortuo* [35]). Findet ſich's aber, daß die Abſicht des Geſezgebers durch die Worte genau erſchöpft iſt, ſo muß man bey den Worten des Geſetzes ſtehen bleiben, und man darf ſodann gerade nur das zur Norm annehmen, was der Geſezgeber geſagt hat. So z. B. geſtatten die Geſetze von beneficio competentiae keine Erweiterung, und das Verboth des Legis commiſſoriae geht blos auf Verpfändungen. Nach dem Unterſchied dieſer Fälle heißt die logiſche Geſezauslegung bald eine ausdehnende, bald einſchränkende, bald eine blos erklärende oder declarativiſche, wie der folgende §. unſers Auctors lehrt. Die Regeln, worauf ſich dieſe Verſchiedenheit der logiſchen Auslegungsart gründet, ſind folgende zwey: a) Wo der Grund des Geſetzes eintritt, da muß auch die Vorſchrift deſſelben beobachtet werden; im Gegentheil b) wo der Grund des Geſetzes nicht ſtatt findet, da fällt auch die Verordnung deſſelben hinweg. Allein ſo richtig dieſe beide Regeln an ſich ſind, ſo ſchwer iſt es, ſie in jedem Falle richtig anzuwenden. Denn oft kommen Fälle vor, wo bey einzelnen Subjecten der Grund eines

Rechtslehrers über das Recht des Prinzen von Wallis zur Interimsregierung von Hannover. 1739. 4.

35) *L. 1. §. 5. D. de coniung. cum emancipato liberis.* Meine Opuſcula Faſcic. III. S. 185. u. folg.

nes Geſetzes gänzlich wegfällt; und wo man doch ſehr unrecht ſchlieſſen würde, wenn man darum die Verordnung deſſelben nicht anwendlich halten wollte [36]). Z. B. ſo verordnet der Macedonianiſche Senatsſchluß, daß Keinem, welcher einem filiofamilias Geld dargeliehen hätte, weder bey Lebzeiten, noch nach dem Tode des Vaters eine Klage zuſtehen ſolle, es wieder zu fordern [37]). Die Abſicht des Geſetzes iſt, damit denen filiisfamilias die Gelegenheit zur Ausſchweifung und verſchwenderiſchen Lebensart genommen werde, welche für das Leben und Vermögen der Väter die gefährlichſten Folgen hatte [38]). Man ſetze nun: daß das Geld einem wohlgeſitteten und ſparſamen Sohne, jedoch ohne Wiſſen und Willen des Vaters, wäre angeliehen worden, der hierdurch keinesweges zur Liederlichkeit wäre verleitet worden, ſondern ſich vielmehr von dem erborgten Gelde etwas angeſchaft. Sollte nun darum wohl in dieſem Falle die Verordnung des Rathſchluſſes nicht eintreten, weil der Grund des Geſetzes zu ceſſiren ſcheint? Keinesweges [39]); denn die Verordnung des Geſe-

36) Eben dieſes hat auch *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. c. 10. n. 2. ſqq. bemerkt, der über dieſen Gegenſtand vorzüglich geleſen zu werden verdient. Ich will nur einige wenige Worte excerpiren. *Ceſſante legis ratione*, ſagt er, *ceſſat ipſa lex. Locus hercle lubricus et periculoſus. Saepenumero ceſſat ratio legis, nec eo minus praecepto legis adſtringimur. Iura enim non in* SINGULAS PERSONAS, *ſed* GENERALITER *conſtituuntur.* L. 8. D. de Legib. *ac propterea* SI ALIQUA SIT PERSONA *in tota illa univerſitate perſonarum, quam lex comprehendit*, CUI NON CONVENIAT RATIO LEGIS, *non eximitur a praecepto legis.*

37) *L. 1. pr. D. de Senatusc. Macedon.*

38) *§. 7. in fin. I. Quod cum eo, qui in aliena poteſtate.*

39) *L. 9. §. 2. D. de SCto Macedon.*

ſetzes iſt ganz allgemein. **Von der Anwendung eines allgemein geltenden Geſetzes aber iſt in einzelnen Fällen keine Ausnahme zu machen, wenn das Unzutreffende des geſezlichen Grundes nur aus individuellen und auſſerordentlichen Eigenſchaften eines gewiſſen Subjects hergeleitet wird**, das iſt, wenn nur gerade ein oder anderes individuum diejenige Beſchaffenheit nicht haben ſollte, welche ſonſt gewöhnlich bey Perſohnen, Sachen und Handlungen dieſer Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Geſetzes ausmacht [40]. Wenn daher z. B. die Geſetze den Unmündigen ein Teſtament zu machen nicht geſtatten, weil es ihnen noch gemeiniglich an der hierzu erforderlichen Einſicht und Verſtande mangelt (*quia nullum eorum animi iudicium eſt*) [41]; ſo findet dennoch in concreto keine Ausnahme von der Regel ſtatt, wenn auch gleich bey dieſem oder jenem Individuum der zum Teſtiren erforderliche Verſtand vor den ſonſt gewöhnlichen Jahren eingetreten ſeyn ſollte. Denn die Legislation kann nur aufs Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenmerk richten [42], kann ihre Vorſchriften nicht auf die Eigenheit eines jeden beſondern Falles, ſondern nur auf ſolche Verhältniſſe und Folgen bauen, welche die Dinge **gemeiniglich** haben [43].

Sol-

40) Weber von der natürl. Verbindlichkeit. 2. Abth. 4. Abſchn. §. 64.

41) *§. 1. I. Quibus non eſt permiſſ. facere teſt.*

42) *L. 5. D. de Legibus.* Ad ea potius debet aptari ius, quae et *frequenter* et *facile*, quam *quae perraro eveniunt.*

43) *L. 4 D. eodem.* Ex his, quae forte *uno aliquo caſu* accidere poſſunt, iura non conſtituuntur.

Solchemnach kann nun freylich unter dem allgemeinen Gegenſtande des Geſetzes manches Individuum vorkommen, bey welchem die Umſtände, die der Geſezgeber als gewöhnlich vorausſezt, nicht zutreffen, die Folgen, welche gemeiniglich damit verknüpft ſind, nicht zu befürchten ſtehen; allein darum iſt doch nichts deſto weniger nach der allgemeinen Vorſchrift dabey zu verfahren, weil ſonſt der ganze Zweck der Geſezgebung ſehr leicht vereitelt werden könnte. Wenn hingegen die Urſach, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung ceſſiren ſoll, nicht aus bloſen individuellen und auſſerordentlichen Eigenſchaften eines gewiſſen Subjects hergenommen wird, ſondern wenn in einem ganzen Inbegrif mehrerer ähnlicher Fälle und Verhältniſſe ſchon durch die Natur der Sache, oder die Vorſchrift beſonderer Geſetze ſolche Beſtimmungen eintreten, wornach gerade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung ausmacht: So kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Geſetzes auf die Unanwendbarkeit deſſelben geſchloſſen werden [44]). Z. B. Wenn die Geſetze das Geſchäft eines Minderjährigen, wozu deſſelben Vormund keine Einwilligung ertheilet hat, aus dem Grunde für nichtig erklären, weil ſolche junge Leute durch Ueberredung und Mangel an geſezter Ueberlegung leicht um das ihrige kommen könnten; ſo ſiehet ein Jeder, daß dieſer Grund in dem Falle ceſſire, da der Minderjährige zwar ohne Vormund, jedoch als Meiſter einer gewiſſen Kunſt oder Handthierung

 einen

44) Weber a. a. O. Seite 212.

Vertrag geſchloſſen. Der Vertrag iſt alſo gültig, und man behauptet mit Recht, daß in einem ſolchen Falle nicht einmahl die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtatt finde [45]); allein nicht darum, weil man vorgiebt, daß gerade dieſer minor von der ſeinem Alter eigenen Flüchtigkeit eine Ausnahme mache; nein, denn es kann bey aller Geſchicklichkeit in ſeiner Kunſt dennoch der jugendliche Leichtſinn einen ſchädlichen Einfluß auf den Handel ſelbſt gehabt haben, ſondern weil der Handel ſich auf ein bürgerliches Verhältnis bezieht, wobey eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die ſonſtigen allgemeinen Geſetze von Geſchäften ſolcher Perſohnen ſich gründen. Denn darf der Minderjährige eine gewiſſe Kunſt oder Handthierung öffentlich treiben; ſo würde ſich die Legislation widerſprechen, wenn ſie ihm auf der andern Seite in Anſehung eines ſolchen Gewerbes die erforderliche Einſicht und Kenntnis nicht zueignen wollte [46]). Ich ſetze noch folgende Betrachtungen hinzu:

1) wenn die Geſetze eine Handlung z. B. einen gewiſſen Vertrag im allgemeinen verbieten; ſo ſind auch nach der Abſicht derſelben alle dahin gehörige Unterarten ſo lange als unerlaubt anzuſehen, bis man deutlich zeigen kann, daß dieſe oder jene Species von dem allgemeinen Verbote ausgenommen ſey; oder daß der Grund des Geſetzes in einer einzelnen Gattung gänzlich wegfalle [47]).

2) Wenn

45) S. Hellfeld §. 458. n. 1.

46) Weber a. a. O. Seite 219. Not. 218.

47) So z. B. iſt nach dieſer Regel allerdings zu behaupten, daß wegen des allgemeinen Verbots des commiſſoriſchen Ver-

2) Wenn die Geſetze eine Handlung, die an ſich und nach dem Naturrecht nicht unerlaubt iſt, verbieten, und ſolche für ungültig erklären: So geſchiehet es gemeiniglich darum, weil ſie leicht üble Folgen in der bürgerlichen Geſellſchaft nach ſich ziehen kann; nicht aber allein nur in ſo ferne wirklich üble Folgen daraus ſchon entſtanden ſind [48]). Es iſt daher vergeblich, wenn man, um dem Geſez auszuweichen, beweiſen will, daß der gegenwärtige Vorgang nicht diejenige nachtheilige Folgen zuwege gebracht hätte, die das geſezliche Verbot zu verhüten geſucht. Eine Schenkung alſo, welche ſich über 500. Solidos beläuft, und nicht gerichtlich inſinuiret worden iſt, wird auch alsdenn in Anſehung deſſen, was über die bemerkte Summe iſt, nicht gültig ſeyn, wenn gleich der Donatarius beweiſen könnte, daß der Schenkende ein reicher Mann ſey, dem eine ſolche Schenkung, welche auch über die geſezliche Summe ſich beläuft, nicht die mindeſte Unbequemlichkeit verurſachen kann.

3) Es

Vertrags bey Verpfändungen in *L. ult. C. de pactis pignor.* die vorher nach den Geſetzen der Pandecten *L. ult. D. de contr. emt. vend.* und *L. 16. §. ult. D. de pignorib.* erlaubt geweſene Fälle nunmehro ebenfalls für unerlaubt zu halten ſeyn. S. Prof. Webers Erörterung der Frage: wieweit erſtreckt ſich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot des ſogenannten Legis commiſſoriae: im niederſächſiſchen Archiv für Jurisprudenz und iuriſt. Litteratur von *D.* KOPPE I. Bandes 3. Stück 1788. N. XIV. S. 160. folgg.

48) Weber von der natürl. Verbindlichkeit a. a. O. Seite 274.

3) Es kann zuweilen ein Fall vorkommen, der dem im Geſez enthaltenen Falle von der einen Seite völlig gleich iſt, und dennoch kann, weil nicht gleiche Urſach der geſezlichen Sanction bey demſelben vorhanden iſt, das Geſez darauf nicht ausgedehnet werden. Ein deutliches Beyſpiel hiervon geben die Moſaiſchen Eheverbote. Denn ſo finden wir oft, daß Moſes von zwey dem Grade der Verwandſchaft nach gleich nahen Ehen die eine ausdrücklich verboten, die andere aber nicht genannt hat; und dennoch kann nach der richtigen Erklärung der heutigen Theologen ſowohl als Rechtsgelehrten das Verbot auf die nicht genannten Ehen nicht extendiret werden, weil man bey einer genauern Unterſuchung gefunden, daß bey denenſelben nicht eben die Urſachen des Verbots vorhanden ſind, als bey den von Moſe ausdrücklich verbotenen Fällen. So iſt z. E. die von Moſe verbotene Ehe mit der Tante[49]), der von ihm nicht genannten Ehe mit der Niece; desgleichen die von Moſe ausdrücklich verbotene Ehe mit des Vaters Bruders Witwe[50]), der nicht genannten Ehe mit der Mutter Bruders Witwe dem Grade der Verwandſchaft nach völlig gleich, aber dennoch nicht in dem einen Falle dieſelbe Urſach des Verbots, wie in dem andern Falle vorhanden, und daher darf auch nicht der Schluß von dem genannten auf den nicht genannten Fall gemacht werden. Da hier der Ort noch nicht iſt, dieſe Gedanken weiter zu detailliren, ſo beziehe ich mich einsweilen auf die gründliche Ausführung des

49) *III.* B. Moſ. *XVIII, v. 12. 13. XX. v. 19.*

50) *III.* B. Moſ. *XVIII. v. 14. XX. v. 20.*

des Herrn Ritter Michaelis[51]), und ziehe nur hieraus das Reſultat, daß man ſich nie durch gewiſſe äuſſerliche Umſtände, die unterweilen eine Aehnlichkeit der Fälle veranlaſſen können, müſſe irre führen laſſen, und dieſe Aehnlichkeit für die Urſach des Geſetzes halten, ſondern ſtets auf die wahre Abſicht des Geſezgebers und den Hauptgrund des Geſetzes Rückſicht nehmen, und darnach die Aehnlichkeit der Fälle beurtheilen müſſe[52]).

§. 37.

Reſultat der logiſchen Auslegung, Analogie des Rechts.

Alle logiſche Geſezauslegung beruhet alſo auf dem Grundſatze der Uebereinſtimmung mit der Abſicht und dem Willen des Geſezgebers, vermöge welchen a) bey vorhandener Gleichheit des geſezlichen Grundes vermuthet werden muß, der Geſezgeber habe in dem nicht ausdrücklich angezeigten Falle eben daſſelbe verordnen wollen, was er in dem angezeigten verordnet hat; dahingegen er b) bey Verſchiedenheit der Gründe in dem entgegen geſezten Falle auch das Gegentheil von dem, was er verordnet hat, wolle ſtatt finden laſſen. Wer demnach ein Geſez logiſch erklärt, argumentirt *ex ratione*

51) Abhandlung von den Ehegeſetzen Moſis. VI. Hauptſt.

52) Man vergleiche übrigens noch hierbey, was *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Cap. I. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 5. und *Io. Chriſt.* WOLTAER Obſervat. iuris civ. et Brandenburg. Obſ. 2. über die Regel: *ceſſante legis ratione, ceſſat legis diſpoſitio* geſagt haben.

tione legis, und dehnet entweder nach Maßgabe derſelben das Geſez auf ähnliche Fälle aus, oder ſchließt vom Gegentheil auf die Unanwendlichkeit deſſelben. Das Reſultat in dem einen, wie in dem andern Falle heißt **Analogie des Rechts** (analogia iuris) [53]), bey welcher wir uns jezt noch etwas verweilen müſſen. So wichtig dieſer Gegenſtand an ſich iſt, ſo ſehr muß man ſich billig wundern, daß die Rechtslehrer über die Beſtimmung des Begrifs der Analogie des Rechts noch ſo getheilt ſind. Zu weit dehnen offenbar diejenigen den Begrif der Analogie aus, welche darunter den Schluß von einer allgemeinen Dispoſition auf einzelne darunter gehörige Fälle verſtehen wollen, indem unleugbar iſt, daß in dergleichen Fällen die Entſcheidung der Sache nicht ſowohl aus der Analogie, ſondern vielmehr aus dem Geſetze ſelbſt hergenommen werde. Zu enge Grenzen ſetzet man hingegen dem Begriffe der Analogie, wenn man ihn blos auf Aehnlichkeit der Fälle einſchränkt, und ſolche in

53) Hiervon haben geſchrieben *Io. Ge.* KÜLPIS Orat. de analogia iuris. *Io. Phil.* SLEVOGT Diſſ. de argumentis legum caute formandis. *Chriſt. Henr.* FRIESLEBEN Pr. de ratiocinatione ex argumento legis. *Io. Iac.* HOEFLER Diſſ. de iurisprud. analogicae fundamentis. *Dan.* NETTELBLADT Diſſ. de deciſione caſuum ſecundum analogiam. Halae 1751. Die neueſten Schriften hiervon ſind *Car. Henr.* GEISLER Proluſ. de analogia iuris publici. Vitemb. 1784. *Andr. Ios.* SCHNAUBERT Progr. de analogia iuris publici Imperii in fontibus iuris publici S. R. I. territoriorum non numeranda. Helmſt. 1785. und Wilh. Gottl. Taſinger über die Beſtimmung des Begrifs der Analogie des teutſchen Privatrechts. I. Theil. Ulm 1787. 8.

ſn eine extenſive Auslegung der Geſetze, oder wie ſich andere ausdrücken, in einen Uebertrag der Entſcheidung eines beſtimmten Falls auf einen andern wegen Gleichheit der beſtimmenden Umſtände ſetzet, weil man auch dann zu der Analogie ſeine Zuflucht nehmen muß, wenn von entgegengeſezten Fällen der Entſcheidungsgrund in einer unentſchiedenen Rechtsfrage hergeleitet wird, damit kein Widerſpruch und keine Ungereimtheit entſtehet. Denn wer wird glauben, daß der Geſezgeber eine ſeiner Abſicht und Willensmeinung zuwider laufende Entſcheidung wolle ſtatt finden laſſen? Andere denken ſich daher unter der Analogie des Rechts eine von ähnlichen oder von entgegengeſezten Fällen genommene Entſcheidung einer in den Geſetzen nicht entſchiedenen Rechtsfrage. Noch andere ſagen, ſie beſtehe in einer Uebereinſtimmung mit andern bekannten Rechtswahrheiten, welche in denen poſitiven Geſetzen gegründet ſind. Ich ſtelle mir unter der Analogie des Rechts überhaupt genommen nichts anders, als eine in dem Geſez nicht enthaltene, aber aus der Abſicht und den Beſtimmungsgründen des Geſezgebers gefolgerte Entſcheidung eines zweifelhaften Rechtsfalls vor; und theile ſie I) nach der verſchiedenen Art und Weiſe, wie die Entſcheidung ex ratione legis gefolgert wird, ein in diejenige, welche durch ein Argument von ähnlichen Fällen, und diejenige, welche durch einen Schluß von entgegen geſezten Fällen gefunden wird. Die Analogie der erſtern Art iſt die gewöhnlichſte, und wird daher die **Analogie des Rechts im ſtrengen Verſtande** [54]) genennt.

II. Dif-

54) Man vergleiche hier *L. 10. 11. 12. u. 13. D. de Legib.*

II) Differirt ſie auch nach dem Unterſchiede der poſitiven Geſetze, aus deren Geiſte ſie gleichſam gezogen wird; und in dieſer Rückſicht läßt ſich eine Analogie des römiſchen, des canoniſchen Rechts, des teutſchen Staats · Privat · Peinlichen · und des Lehnrechts gedenken.

Uebrigens iſt bey Anwendung der Analogie groſe Vorſichtigkeit nöthig. Man hat nehmlich

1) Darauf zu ſehen, daß keine Verſchiedenheit der Perſohnen, auf die einerley Rechte ſich nicht anwenden laſſen, vorwalte. Nach dieſer Regel kann daher weder von den römiſchen Knechten, noch von den Leibeigenen auf das heutige Miethgeſinde wegen der gar zu groſen Verſchiedenheit ein richtiger Schluß gemacht werden; auch gilt kein Schluß von den römiſchen Prätoren und Gouverneurs der Provinzen auf unſere heutige Richter. Hierin haben es viel Rechtsgelehrte nicht blos im römiſchen und teutſchen Privatrechte, ſondern auch im Staatsrechte und andern Theilen der Rechtsgelahrtheit verſehen.

2) Es darf der Grund und die Urſach des Geſetzes, welches man analogiſch anwenden will, dem vorliegenden Fall nicht entgegen ſeyn. Denn der Grund aller Analogie beruhet auf der Uebereinſtimmung mit der Abſicht und dem Willen des Geſezgebers. Daher gilt in Gemäßheit dieſer Regel kein Schluß von dem Reichsſtaatsrechte auf das Territorialſtaatsrecht, weil das teutſche Reich, als ein Staatskörper betrachtet, von den einzelnen Territorien oder kleinern Staaten deſſelben ganz verſchieden, mithin vorauszuſetzen iſt, daß der Geſezgeber, wenn er die Reichsverfaſſung durch Ge-

ſetze beſtimmte, das Reich, und nicht die Territorien, zum Gegenſtand ſeiner Geſezgebung gewählt habe; es kann folglich auch deſſen Abſicht, oder die Analogie ſeines Geſetzes auf die Territorialverfaſſung um ſo weniger erſtrecket werden, weil man ſonſt annehmen müſte, daß von einer Staatsverfaſſung auf alle, ſie mögen von einander ſo verſchieden ſeyn, als ſie immerhin wollen, ſich Schlüſſe machen lieſſen, welches doch höchſt ungereimt wäre [55]). Man wird mir verzeihen, daß ich gerade dieſes Beiſpiel hier gebrauche, indem auch das römiſche Recht mir Beiſpiele zur Erläuterung der obigen Regel gegeben haben würde. Allein da ich bey Erläuterung eines Titels der Pandecten ſtehe, der allgemeine Rechtsſätze enthält, die nicht auf das römiſche Recht allein ſich einſchränken, ſondern auch auf andere Theile des poſitiven Rechts anwendbar ſind, ſo habe ich kein Bedenken getragen, Beiſpiele auch aus andern Theilen der Rechtsgelahrtheit zur Erläuterung anzuführen. Endlich

3) nehme man jederzeit bey der Analogie der Geſetze auf die beſondere Beſchaffenheit derſelben Rückſicht, ob nehmlich das Geſez, woraus man argumentiren will, überhaupt von der Art ſey, daß Analogie dabey ſtatt finden kann. Es giebt nehmlich Geſetze, die ſo geeigenſchaftet ſind, daß bey denenſelben keine Schlußfolge von der Aehnlichkeit der Fälle gilt. Dahin gehören einmahl diejenigen, welche ein beſonderes Recht für gewiſſe Perſohnen oder Sachen enthalten

[55]) S. Schnaubert in der angeführten Schrift §. 5.

ten[56]); ſolche Geſetze laſſen keine Ausdehnung auf andere Fälle zu, als welche in denenſelben ausgedruckt ſind, geſezt auch daß bey andern nicht genannten Fällen ein gleicher Grund vorhanden ſeyn möchte; hier gilt vielmehr der Schluß vom Gegentheil: nehmlich daß das Geſez dasjenige nicht wolle, was in den Worten deſſelben nicht ausgedruckt iſt[57]). Hierher gehören ferner diejenigen Geſetze in den Pandecten und Codex, welche aus den Reſponſis Iureconſultorum, desgleichen aus den Reſcriptis und Decretis Imperatorum Romanorum genommen ſind. Denn da dieſe ſich auf lauter einzelne Anfragen und vorgelegte beſondere Rechtsfälle beziehen, deren Umſtände uns meiſtentheils unbekannt ſind, ſo kann bey dieſen weder ein Schluß von der Aehnlichkeit der Fälle, noch vom Gegentheil ſtatt finden[58]). Sie ſind vielmehr

56) *L. 14. D. de Legib.* Quod *contra rationem iuris* receptum eſt, *non eſt producendum ad conſequentias.* RATIO IURIS heißt hier die Regel des gemeinen Rechts; wie die folgende *L. 15.* lehrt. In his, quae *contra rationem iuris* conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi *regulam iuris:* und die nachfolgende *L. 16.* beweißt, daß hier von einem *iure ſingulari* die Rede ſey: *Ius ſingulare* eſt, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem (d. i. zum Beſten gewiſſer Perſohnen oder Sachen) auctoritate conſtituentium introductum eſt.

57) *Ger.* NOODT in Comment. ad Digeſta Lib. I. Tit. III. S. 15.

58) Eben dieſes haben auch ſchon längſt bemerkt *Laur. Andr.* HAMBERGER in Opuſculis S. 59. *Ger.* SCHRODER Obſervat. iuris. Lib. I. cap. 5. *Gerl.* SCHELTINGA in Diſſ. de emancipationibus P. I. Cap. IV. §. 2. in *Dan.* FELLENBERG *Iurisprud. Antiqua* T. II.

mehr blos nach den Worten, und, wenn die Worte unbeſtimmt und nicht genau gefaßt ſind, in Gemäßheit beſtimmterer Rechtsſätze, deren Sinn in andern Stellen aufgeſchloſſener vor uns liegt, zu erklären; denn die Abſicht ihrer Verfaſſer war nicht in den Reſcripten, oder Decreten, oder in den rechtlichen Gutachten neue Grundſätze aufzuſtellen, ſondern längſt bekannte der Anfrage oder dem vorgetragenen Rechtsfalle gemäß anzuwenden [59]). Da nun aus der Inſcription des Geſetzes zu erkennen iſt, ob daſſelbe aus den libris Reſponſorum ſ. Quaeſtionum desjenigen Rechtsgelehrten genommen ſey, der für den

T. II. Seite 500. *Bern. Henr.* REINOLDUS in Opuſculis a *Inglero* editis S. 581. *Io. Guil.* MARCKART Probabil. Receptar. Lectionum Iur. Civ. P. II. pag. 161. beſonders *Adr. Nicol.* MOLLER in Diſſ. ſelecta quaedam Iur. Civ. capita continente *Traj. ad Rhen.* 1763. Cap. IV. in *Ger.* OELRICH *Theſauro Novo Diſſertat. Belgicar.* T. II. Vol. 2. Diſſ. 3. S. 131. und folg. auch *I. L. E.* PÜTTMANN in variis Iur. Civ. capitibus. *Lipſiae* 1766. cap. II. S. 11. und in Exercitat. ad L. XVI. C. de inoff. teſtam. *Lipſiae* 1774. S. 21. Eben dieſes gilt auch von der Erklärung der Päbſtlichen Decretalſchreiben, wie *Io. Aug.* BACH in Diſſ. de his, quae imputantur in quartam fiduciarii. §. 10. und PÜTTMANN in Probabil. Iur. Civ. libro ſing. S. 195. ſchon erinnert haben. Daß überhaupt die *argumenta a conſequentia* und *a contrario* in unſerm iure behutſam zu gebrauchen, und oft ſehr trüglich ſind, haben *Ger.* NOODT in Iulio Paulo cap. VII. und *Pet. de* TOULLIEU in Collectan. Iur. Civ. Diſſ. XIII. §. 18. S. 358. durch viel Beiſpiele erwieſen.

59) Siehe *Ger.* NOODT in Diocletiano et Maximiano. Cap. II. und ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. c. V. §. 201. u. 221.

Auctor des Fragments gehalten wird; desgleichen ob Lex codicis ein Reſcript oder ein Decret ſey, ſo erhellet hieraus, was auch von dieſer Seite die Inſcriptionen der Geſetze in den Pandecten und Codex bey Erklärung derſelben für einen Nutzen haben [60]).

§. 38.

Eintheilung der Rechtsgelahrheit a) falſche.

Die hier von **Hellfeld** vorgetragene Eintheilung der Jurisprudenz in *legislatoriam*, *iudiciariam* und *conſultatoriam* iſt, wenn ſie gleich auch von andern vertheidigt wird [61]), doch offenbar falſch [62]), weil ſie nicht aus dem Begriffe der Rechtsgelahrheit hergeleitet werden kann. Denn Rechtsgelahrheit iſt eine practiſche Wiſſenſchaft der Geſetze, und der aus denſelben entſpringenden Rechte und Verbindlichkeiten; ſie ſetzet alſo ſchon vorhandene Geſetze voraus, alſo kann ſie nicht mit Geſetzen ſich beſchäftigen, die erſt gegeben werden ſollen; mithin kann *prudentia legislatoria*, quae circa ius conſtituendum ſe exſerit, ohnmöglich ein Theil der Rechtsgelahrheit ſeyn. Was anders iſt **geſezgebende Klugheit**, oder **Politic der Geſezgebung**, welche in der Klugheit beſtehet, die beſten und dem Staat angemeſſenſten Geſetze zu geben. Soviel hiernächſt die vom Auctor angegebene gerichtliche und auſ-

[60]) Man vergleiche vorzüglich *B. H.* REINOLD Orat. de Inſcriptionibus LL. Digeſtor. et Codicis. §. XIII. und WIELING ad Eundem *in Opuſculis* S. 581.

[61]) S. Programmata Thomaſiana (Halae 1724.) Nr. IIX. Seite 125. und folg.

[62]) Dieſe Eintheilung verwirft auch NETTELBLADT in Syſtem. element. doctrinar. propaedeuticar. Iurisprud. poſitiv. Germanor. commun. § 44.

aufſergerichtliche oder conſultatoriſche Rechtsgelahrtheit anbetrift, ſo ſind dieſe blos Unterabtheilungen der practiſchen Rechtsgelehrſamkeit, von welcher ich beym folgenden §. handeln werde; allein keine Hauptheile der Jurisprudenz.

§. 39.

b) wahre Eintheilung der Rechtsgelahrtheit nach Verſchiedenheit 1) ihrer Quellen und 2) ihrer Gegenſtände.

Richtiger theilt man die Rechtswiſſenſchaft

I) nach Verſchiedenheit ihrer Quellen, d. i. der Geſetze, woraus die Rechte und Verbindlichkeiten, welche ſie in ſich begreift, entſtehen, in die natürliche und poſitive Rechtsgelahrtheit ein, je nachdem die zu ihr gehörige Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten entweder aus den natürlichen oder aus den poſitiven Geſetzen entſpringen. Die poſitive Rechtsgelehrſamkeit iſt in Rückſicht auf Teutſchland betrachtet, nach Verſchiedenheit der in Teutſchland geltenden Geſetze entweder die teutſche, einheimiſche (*germanica* ſ. *domeſtica*) oder die fremde (peregrina). Jene hat zu ihren Quellen die teutſchen, dieſe die in Teutſchland aufgenommenen fremden Rechte, und nach dem Unterſchied derſelben läßt ſich die leztere wieder in die Römiſche, Kanoniſche und Longobardiſche eintheilen.

II) Nach Verſchiedenheit der Gegenſtände, worauf ſich die aus den Geſetzen entſpringende Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten beziehen, ſind die daher entſtehende Theile der Rechtsgelehrſamkeit entweder Haupt- oder Nebentheile; das ſind

ſolche, welche nur auf eine gewiſſe Gattung von Dingen oder Perſohnen ſich einſchränkende Rechtswahrheiten betreffen. Dahin gehört z. B. das **Policeyrecht**, welches diejenige Rechtsgrundſätze enthält, die ſich auf die zu Erhaltung und Beförderung öffentlicher Ordnung und Wohlfarth unmittelbar abzweckende Anſtalten beziehen; ferner das **Cameralrecht**, welches alle die rechtlichen Grundſätze enthält, die ſich auf Beſtimmung, Erhebung und Verwendung der Staatseinkünfte beziehen; desgleichen das **Landwirthſchaftsrecht**, welches ſolche rechtliche Beſtimmungen in ſich faßt, die ſich auf die Mittel beziehen, wie die Naturproducte auf die vortheilhafteſte Art gewonnen und benuzt werden können. Ferner das **Wechſelrecht**, **Kriegsrecht**, **Handelsrecht**, **Bürgerrecht**, **Dorf- und Baurenrecht.** Soviel nun die Haupttheile der poſitiven Jurisprudenz anbetrift, ſo laſſen ſich dieſelben nach ihrem Gegenſtand folgendergeſtalt beſtimmen. Die zur Jurisprudenz gehörige Rechtswahrheiten betreffen entweder die Rechte und Verbindlichkeiten an ſich, oder ſie betreffen die Art und Weiſe, wie die rechtlichen Geſchäfte betrieben werden müſſen. Erſtere machen die theoretiſche, leztere aber die practiſche Rechtsgelahrtheit aus. Dieſe leztere, welche von der juriſtiſchen Praxi, von welcher wir oben (§. 27.) gehandelt haben, wohl unterſchieden werden muß, iſt wieder zwiefach, die gerichtliche und auſſergerichtliche; je nachdem ſie entweder gerichtliche, oder auſſergerichtliche Geſchäfte, welche ohne alle Beiwirkung des Richters betrieben werden, zum Gegenſtand hat. Die theoretiſche Rechtsgelehrſamkeit hat wieder ihre verſchiedene Theile. Denn die dieſelbe beſtimmende Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten betreffen entweder Verbrechen und deren Strafen, **Kriminal-**

rechtsgelehrſamkeit; oder Religion und Gottesdienſt, **Kirchenrechtsgelehrſamkeit**; oder die Lehne und den daraus entſtehenden Lehnsnexus, **Lehnrechtsgelehrſamkeit**; oder die Verwaltung und innere Regierungsverfaſſung eines Staats, und deſſen Verhältnis gegen Auswärtige, **Staatsrechtsgelehrſamkeit**; oder ſie betreffen die Staats- und Regierungsverfaſſung nicht, ſondern ſind entweder ſolche Rechte und Verbindlichkeiten, welche freye Völker gegen einander zu beobachten haben, **Völkerrecht**; oder ſolche, welche unter Privatperſohnen und Unterthanen ſtatt finden, **Privatrechtsgelehrſamkeit**.

§. 40. und 41.

Von Anwendung der Geſetze.

Genug von der Theorie des Rechts; wir ſchreiten nun zu dem zweiten Haupttheil der Rechtsgelehrſamkeit, welchen man die **Praxis** nennt. Dieſe beſtehet a) in einer Fertigkeit, die Geſetze auf die vorkommende Fälle anzuwenden (S. 199.). Was Anwendung der Geſetze ſey, und dazu erfordert werde, wenn ſie richtig geſchehen ſoll, iſt ſchon oben (§. 28.) geſagt worden. Hier bemerke ich nur noch folgendes:

1) Wer ein Geſez richtig anwenden will, muß zunächſt auf diejenigen Eigenſchaften und Beſtimmungen Acht haben, welche das Geſez erfordert; muß

2) genau prüfen, ob bey dem gegenwärtigen Rechtsfalle dieſe geſezlichen Beſtimmungen vorhanden ſind; und daher

3) ſich bemühen, eine richtige und vollſtändige Kenntniß von der vorgegangenen Handlung und den Umſtänden

derſelben zu erlangen. Die Mittel, eine ſolche Kenntniß zu erwerben, ſind,

1) das Geſtändnis desjenigen, welcher für den Urheber einer Handlung gehalten, oder gegen welchen ſonſt ein gewiſſer Thatumſtand behauptet wird, wovon die Entſcheidung der Sache abhängt. Ein ſolches Geſtändnis kann jedoch nur wider den Bekenner und deſſen Erben beweiſen, einem Dritten aber darf es nicht zum Nachtheil gereichen [63]). In peinlichen Fällen muß das Bekenntnis des Angeſchuldigten durch die Umſtände wahrſcheinlich gemacht, mithin das Corpus delicti, ob ein ſolches Verbrechen wirklich vorhanden ſey, deſſen Jemand beſchuldiget wird, auſſer Zweifel ſeyn, wenn eine Verurtheilung zur peinlichen Strafe darauf gegründet werden ſoll [64]).

2) der Beweiß, wodurch dem Richter die Erzählung oder Behauptung von einer Sache auf rechtliche Art glaubwürdig gemacht wird. Die Lehre vom Beweiß, ſo wie auch jene vom Geſtändniſſe wird an andern Orten unſerer Pandecten vollſtändig vorgetragen werden.

3) Oft müſſen auch rechtliche Vermuthungen die Stelle des Beweiſes, in Ermangelung deſſelben, vertreten. Wenn nehmlich die Behauptung nicht aus einem Geſtändniß, oder Zeugniß glaubwür-

63) *L. 29. D. de probat. L. 74. D. de R. I. c. 1. X. de confeſſ. c. 4. et 10. X. de probat.*

64) P. G. O. Carls *V.* Art. 60. Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts 2. Th. §. 681. *I. G.* HEINECCIUS de religione iudicantium circa reorum confeſſiones in EIUS *Opuſcul. variis* Exerc. XVII.

würdiger Perſohnen, oder andern dergleichen rechtlichen Beweismitteln unmittelbar zu Tage liegt, ſondern auf die gewöhnlichen Eigenſchaften und Verhältniſſe der Dinge, und diejenigen Umſtände, die ſolche gemeiniglich begleiten, auch daher wahrſcheinlich ſind, gegründet wird, ſo nennt man dieſes Vermuthung. Oft nehmen die Geſetze ſelbſt gewiſſe Eigenſchaften, Verhältniſſe oder gewöhnliche Folgen einer Sache für Wahrheit an, bis das Gegentheil erwieſen worden, (*praeſumtiones iuris*) ja zuweilen laſſen ſie den Beweiß des Gegentheils nicht einmahl zu (*praeſumtiones iuris et de iure*). Solche Rechtsvermuthungen befreyen daher denjenigen, welcher ſie für ſich hat, allemahl vom Beweiſe, und wälzen denſelben auf den Gegentheil, der die rechtliche Vermuthung wider ſich hat. Blos menſchliche Vermuthungen, ſo in den Geſetzen nicht gegründet ſind, haben hingegen dieſe Wirkung nicht, ſondern adminiculiren nur zum Beweiß, und machen, daß zuweilen auf den Erfüllungs , oder Reinigungseid erkannt werden kann. Die rechtlichen Vermuthungen ſind nun ſehr mancherley, und laſſen ſich auf keine allgemeine Regel zurückführen. Man kann ſie inzwiſchen füglich unter zwey Hauptclaſſen bringen. Einige derſelben gründen ſich ſchon in der Vernunft uud allgemeinen Rechtsgrundſätzen; andere hingegen haben keinen natürlichen und allgemeinen Grund, ſondern ſind durch die bürgerlichen Geſetze blos willkührlich eingeführt worden. Zu denen rechtlichen Vermuthungen der erſtern Art gehören z. E. folgende: daß die urſprüngliche Beſchaffenheit einer Sache vermuthet werde, mithin eine vorgegebene Veränderung allemahl bewieſen werden muß; — eine Thathandlung, es ſey Vortrag, Teſtament, Ver-

brechen, oder ſonſt etwas, nicht vermuthet werde; — ein Irrthum nicht zu vermuthen ſey, u. d. m. Zu den Rechtsvermuthungen der leztern Art aber gehört z. B. daß, wenn bey einer verkauften Sache ſich der Mangel in den erſtern drey Tagen äuſſert, angenommen werde, der Fehler ſey ſchon zur Zeit des Verkaufs vorhanden geweſen; — wenn Eltern und Kinder in einerley Unfall zugleich umkommen, rechtlich vermuthet werde, das unmündige Kind ſey eher, das mündige aber ſpäter, als die Eltern, verſtorben; — wenn der Kläger eine Handſchrift über ein Darlehn in Händen hat, und noch nicht zwey Jahr ſeit der Ausſtellung verſtrichen, angenommen werde, die Ausſtellung ſey nur in Hofnung zu erhaltender Zahlung geſchehen, die Zahlung aber wirklich nicht erfolgt; nach zwey Jahren aber das Gegentheil für eine ſo erwieſene Wahrheit gehalten werde, daß der Ausſteller mit dem Beweiſe, er ſey nichts ſchuldig, gar nicht weiter gehöret werden ſoll; u. a. m. [64]). Ganz verſchieden von dieſen Rechtsvermuthungen ſind die geſezlichen Fictionen; denn eine geſezliche Fiction iſt eine ſolche geſezliche Verordnung, wodurch eine Sache für wahr angenommen wird, welche offenbar nicht wahr iſt, und blos möglich geweſen wäre; bey jenen Präſumtionen hingegen nehmen die Geſetze eine zwar noch ungewiſſe, aber doch wahrſcheinliche, Sache für gewiß an. Die rechtliche Vermuthung iſt alſo wirkliche juriſtiſche Wahrheit, eine geſezliche Fiction hingegen nicht, ſondern dieſe verhält ſich zu der Wahrheit, wie ein Gemählde zu der Sache ſelbſt, welche durch das Ge-

[64]) S. von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilproceß. (Magdeburg u. Leipzig 1780. 8.) I. Abſchn. 2. Cap. S. 27. und folg.

Gemählde vorgeſtellet wird. Sie entlehnt alle Züge von der Wahrheit, und verfolgt ihren Gang, wie der Schatten den Cörper [65]). Daher die Regel zu erklären: *fictio idem operatur in caſu ficto, quod veritas in caſu vero.* Dergleichen Fälle, wo die Geſetze etwas fingiren, ſind übrigens ſehr viel im römiſchen Rechte anzutreffen. So z. B. gründet ſich die Lehre von der Annehmung an Kindesſtatt, von dem Recht des Poſtliminiums, das Korneliſche Geſez, die alte Querela inofficioſi u. ſ. w. auf Fictionen [66]). Man hüte ſich jedoch vor dem Fehler, Fictionen zu fingiren, in welchen diejenigen verfallen, welche Fictionen annehmen, von denen doch kein deutliches Geſez angegeben werden kann [67]). Endlich muß auch

4) durch Gutachten der Kunſtverſtändigen zuweilen die Wahrheit herausgebracht werden, wenn nehmlich die Beurtheilung derſelben nach den Regeln einer beſondern Kunſt oder Wiſſenſchaft geſchehen muß. Dahin gehört, wenn über den wahren Werth einer Sache, oder über die Grenzen zweier bey einander liegender Aecker, oder über vorgegebene Schwangerſchaft, und dergleichen Streitigkeiten entſtehen. Beſonders iſt auch in peinlichen Fällen das Gut-

65) Gemeinnüzige iuriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Band N. XVI. §. 125.

66) *A. D.* ALTESERRA Tr. de fictionibus iuris Paris 1659. und *Chriſt.* GMELIN oder vielmehr D. *Chriſt. Iac.* ZAHN Diſſ. de fictionibus iuris romani. *Tubingae* 1787.

67) Joh. Jac. Prehns Unterſuchung der Frage: ob die Legitimation auſſer der Ehe gebohrner Kinder ſich in einer römiſchen Erdichtung gründe? Roſtok 1777. 4.

Gutachten der Kunſtverſtändigen von groſer Wichtigkeit, wenn es auf Beſichtigung und Section ankommt, um das corpus delicti zur Gewißheit zu bringen. In ſolchen Fällen gründet der Richter ſein Erkenntniß auf das Gutachten und Zeugniß der Kunſtverſtändigen, welches ſie ſchriftlich, und mit Gründen unterſtüzt, zu den Acten geben müſſen. Da Kunſtverſtändige als Zeugen anzuſehen ſind, ſo müſſen ſie, wenn ſie nicht ſonſt ſchon vereidet ſind, oder die Partheyen mit ihren unbeſchwornen Gutachten zufrieden ſeyn wollen, beſonders vereidet werden, weil ein Zeuge keinen Glauben verdient, wenn er nicht beeidiget iſt [68].

§. 42.

Cautelariſche Rechtswiſſenſchaft.

Der andere Theil der juriſtiſchen Praxis beſtehet in der vorſichtigen, bündigen und klüglichen Einrichtung der bürgerlichen Rechtshandlungen, (*in cavendo*) und verdient eine deſto vorzüglichere Achtung, je mehr dadurch denen die Eintracht der Bürger ſo ſehr ſtöhrenden Proceſſen vorzubeugen ſtehet. Hierbey aber muß man nicht allein die Form und Einkleidungen rechtlicher Geſchäfte, ſondern auch alle Einwendungen und nachtheilige Folgen kennen, um ſowohl denen leztern vorzubeugen, als auch, wo möglich, denen zu ſchlieſſenden Geſchäften ſelbſt eine vortheilhafte Wirkung beyzulegen. Unſer römiſches Geſezbuch giebt auch hierin dem Rechtsgelehrten vortrefliche Anweiſung, als welches einen groſen Vorrath von Rechtsmitteln, Clau-

[68] *L. 9. L. 16. C. de teſtib.* S. Nettelbladt practiſche Rechtsgelahrtheit. §. 387. (dritte Auflag. Halle 1784.)

Clauſeln und Klugheitsregeln enthält, die inſonderheit von den römiſchen Rechtsgelehrten ſind erfunden worden, um hierdurch die Strenge des bürgerlichen Rechts, welche zu manchen Chikanen und Unbilligkeiten Anlaß gab, zu mildern, und auf die natürliche Billigkeit zurückzuführen. Dieſe Rechtsmittel und Vorſichtigkeitsregeln, welche bey einem zu ſchlieſſenden rechtlichen Geſchäft zu beobachten ſind, werden im römiſchen Recht *Heurematica*[69]) von εὕρημα, inventum oder inventio, deßgleichen *Cautiones*, heutiges Tages aber Cautelen genennt; und derjenige Theil der ausübenden Rechtswiſſenſchaft, welcher in der Fertigkeit beſtehet, bürgerliche Rechtshandlungen auf eine vorſichtige, bündige und vortheilhafte Art einzurichten, heißt die Cautelar-Jurisprudenz, *Iurisprudentia cavens*, *heurematica* oder *cautelaris*[70]). Zum Beiſpiel dienen die bey den Teſtamenten ſo heilſame Codicillar-Clauſel, — die myſtiſche Erbeinſetzung, — Sociniſche Cautel, — Mucianiſche Caution, — das Verbot des Teſtirers, die beſonders verſiegelte Pupillar-Subſtitution bey Lebzeiten ſeines noch unmündigen Kindes nicht zu eröfnen[71]) u. d. m. Ferner die beym Kaufcontract ſehr vortheilhafte Clauſeln des commiſſoriſchen Vertrags, der addictionis in diem, des Vorkaufs, des Wiederkaufs, der Reue, des vorbehaltenen Eigenthums oder der reſervirten Hypothek, auch des conſtituti poſſeſſorii u. d. m.

Es

69) S. *Henr.* BRENKMANN de Eurematicis Diatriba (*Lugd. Batavor. 1706.*) Cap. I.

70) *Io. Nic.* HERTIUS de jurisprudentia cavente. *Giſſae* 1706. und *Io. Gottl.* HEINECCII Commentatio eiusdem argumenti in *Opuſculis minorib. varii argumenti* Opuſc. VIII. S. 301 - 388.

71) §. 3. *I. de pupill. ſubſtitut.*

Es giebt auch allgemeine Cautelen, welche bey allen, oder wenigſtens bey den mehreſten Geſchäften ſtatt finden [72]; die gebräuchlichſten Cautelen dieſer Art ſind a) die Begebung verſchiedener allgemeiner Ausflüchte, als: des Betrugs, der Furcht und des Zwanges, des Irrthums, der Verjährung u. ſ. w. b) der Gebrauch der Eidesclauſel, d. i. die Verſtärkung der Verbindlichkeit mittelſt Einſchaltung der Formel: So wahr mir Gott helfe und ſein heiliges Wort. c) die Clauſel *ſub hypotheca bonorum*, oder Verpfändung aller meiner Haab und Güter [73]. d) die Proteſtationen und Reſervationen. Die Cautelen mögen jedoch ſeyn, von welcher Art ſie wollen, ſo müſſen ſie geſezlich gebilligt ſeyn; Cautelen, die auf den Betrug anderer, oder eine Hintergehung der Geſetze abzielen, und wodurch verbotene Handlungen bemäntelt werden ſollen, ſind unerlaubt und unnütz. So z. B. iſt die Renunciation der Verletzung über die Hälfte [74], ingleichen die, wenn gleich auf die feyerlichſte Weiſe geſchehene, Begebung der exceptionis uſurariae pravitatis, allen Rechten nach für ganz unkräftig zu halten [75], es bleibt daher der wirklich getriebene verbotene Zinswucher unerlaubt und ſtrafbar, er mag unter den Schein eines Vergleichs, oder daß die übermäßigen Zinſen etwa freywillig angeboten, oder dem Gläubiger als eine Proviſion, oder für ſeine Müh-

72) Nettelbladt practiſche Rechtsgelahrtheit 1. Th. 2. Tit. S. 17. und folg.

73) *Balth.* TILESIUS de cautela bey Verpfändung aller meiner Haab und Güter. *Ienae* rec. 1745.

74) FRATRUM BECMANNORUM Conſilia et Deciſ. P. I. Reſp. VII. n. 54.

75) LEYSER *Spec. CCXLVI. med. 8.*

Mühwaltung zugeſtanden worden, oder, daß der Contract allenfalls als eine Temperalantichreſis ohne Rechnung gelten ſolle, oder als ein Wiederkauf eingerichtet worden, oder unter dem Vorwande, daß die Gelder einem Dritten zugehören, oder als eine Conventionalpoen, oder unter irgend einem andern Deckmantel ausgeübet worden ſeyn [76]. So wie ſich nun unter den römiſchen Rechtsgelehrten vorzüglich **Herennius Modeſtinus** [77] in dieſem Theil der Rechtswiſſenſchaft ausgezeichnet hat, ſo dürfen unter den neuern die Verdienſte eines **Strykß** [78] und **Claprothß** [79] in dieſem Fache nicht ungerühmt übergangen werden.

§. 43.

[76]) Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien. 2. Stück. n. IX. S. 151.

[77]) Herennius Modeſtinus ſchrieb ein ganzes Buch περὶ Εὑρηματικῶν, aus welchem zehen wichtige Fragmente in den Pandecten befindlich ſind, die Heinrich Brenkmann in Diatriba de Eurematicis. *Lugduni Batavor.* 1706. mit einem vortreflichen Commentar erläutert hat.

[78]) Samuel Stryck hat bekanntermaſſen de cautelis contractuum, teſtamentorum und iuramentorum verſchiedene Tractate geſchrieben.

[79]) *Iuſt.* CLAPROTH Iurisprudentia Heurematica. P. I. *Goettingae* 1762. P. II. *Ib.* 1765. 8. Dieſer berühmte Rechtsgelehrte gab hierauf den dritten Theil ſeiner *iurisprudentiae hevrematicae*, welcher die Lehre von Teſtamenten und andern lezten Willen enthält, zu Göttingen im Jahr 1782. in teutſcher Sprache heraus, welches ihn veranlaßte, auch die beyden vorhergehenden Theile ins teutſche zu überſetzen, welche unter dem Titel: Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte zu Göttingen 1786. 8. erſchienen ſind.

§. 43.

Verbindungskraft poſitiver Geſetze.

Unſer Autor führt uns jezt noch einmahl auf die poſitiven Geſetze zurück, und giebt uns Stof zu einigen Betrachtungen über die Verbindungskraft ſolcher Geſetze. Geſetze, in ſo fern ſie in dem oben (S. 49.) angegebenen eigentlichen Verſtande genommen werden, können ihrem Begriffe nach nur blos die Unterthanen verbinden, die der oberſten Gewalt und Majeſtät desjenigen Staats unterworfen ſind, in welchem ſie ſind gegeben worden. Da nun die Geſetze in Teutſchland entweder Reichs, oder Landesgeſetze ſind, ſo hat es nun, was die erſtern anbetrift, keinen Zweifel, daß ſie alle diejenigen, die der Reichsmajeſtät untergeordnet ſind, ſie ſeyen, wes Standes ſie wollen, mithin nicht nur Privatperſohnen, ſondern auch ſelbſt die teutſchen Landesherrn verbinden [80]). Soviel hingegen die teutſchen Landesgeſetze anbetrift, ſo iſt der Landesherr ſelbſt or-

[80]) Die Reichsgeſetze ſind zugleich in Anſehung der Reichsſtände, mit deren Einwilligung ſie gemacht werden, als Verträge anzuſehen. S. Carl Fried. Gerſtlachers Corpus iuris germanici publ. et privati 1. B. 1. Cap. S. 24. und 32. Auch ſogar die römiſchen und kanoniſchen Rechte gelten als beſtättigte gemeine Reichsrechte in denen Privatrechtsſachen der erlauchten Perſohnen in Teutſchland, ſofern nicht etwa durch Familienverträge oder Obſervanz ein anders iſt beſtimmt, und in Anſehung ihrer feſtgeſetzet worden. S. LEYSER Spec. XLI. med. 5. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. V. m. 2. PÜTTER de normis decidendi ſucceſſionem illuſtrium controverſam §. 13. und folg. v. Selchovs Rechtsfälle 2. Band S. 70. folgg. und Weſtphals Abhandlung von dem Gebrauch des juſtinianiſchen Rechts in dem teut-
ſchen

ordentlicher Weiſe an ſeine Geſetze nicht gebunden. Dies hat einen dreifachen Sinn. a) Der Landesherr iſt in der Regel nicht verbunden, bey ſeinen eigenen Handlungen ſeine Geſetze zu beobachten. b) Kann derſelbe auch ſeine Geſetze, inſofern ſie pure Geſetze, keine Landesverträge und Staatsgrundgeſetze ſind, wieder aufheben und abändern, und zwar mit oder ohne Einwilligung der Stände, wie es der Landesverfaſſung gemäß iſt. c) Er kann zu Gunſten einzelner Unterthanen ſowohl Privilegien dagegen ertheilen, als diſpenſiren [81]). So richtig nun dieſes an ſich iſt, ſo fehlt es doch nicht an Rechtsgelehrten, die das Gegentheil hierin behaupten [82]). Sie wollen ihre Meinung theils mit dem bekannten Ausſpruch des Prätors: *Quod quisque iuris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem iure utatur*, theils mit einigen andern Geſetzen beſtärken, in welchen einem Regenten die Beobachtung ſeiner Geſetze empfohlen wird [83]). Allein dieſe Gründe ſind von keinem ſonderlichen Gewicht, denn jener Ausſpruch des Prätors verbietet offenbar nur einer Obrigkeit, ihre Gewalt zu misbrauchen, und unbillige Dinge zu verord-

ſchen Staatsrecht und der Privatrechtsgelahrheit der erlauchten Perſohnen des teutſchen Reichs. Halle 1779. 4.

[81]) PÜTTER prim. lineae iuris privati Princip. Schnaubert Anfangsgründe des Staatsrechts der geſammten Reichslande §. 259. S. 171.

[82]) Unter den neuern Rechtsgelehrten hegt dieſe Meinung HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. Forens. Obſ. 480.

[83]) *L. 4. C. de LL. et Conſtitut. Princip.* Digna vox eſt maieſtate Regnantis, *legibus alligatum ſe Principem profiteri.* und *L. 3. C. de teſtament.* Nihil tam proprium imperii eſt, *quam legibus vivere.*

ordnen; und die andern Geſetze enthalten keine verbindliche, noch weniger eine allgemeine, Regel, und werden durch mehrere andere Geſetze des römiſchen Rechtskörpers überwogen, in welchen mehr denn einmahl geſagt wird: *quod Princeps legibus ſolutus ſit* [84]). In Gemäßheit dieſer Grundſätze können daher auch die Sa-

[84]) *L. 31. D. de Legib. §. ult. l. Quib. mod. teſtam. infirmantur. Nov. XXIII. c. 2. et Nov. CV. cap. 2.* Zwar wollen viele Rechtsgelehrte dieſe Stellen nur auf einige Geſezarten einſchränken, und vorzüglich von den unter dem Kr. Auguſt gegebenen *legibus caducariis* verſtanden wiſſen, weil *L. 31. D. de LL.* laut der Inſcription aus ULPIANI *lib. 13. ad Legem Iuliam et Papiam* genommen iſt. So denken *Iac.* CUIACIUS *lib. XV.* Obſervat. cap. 30. *Iac.* LECTIUS in Orat. de vita et ſcriptis Ulpiani Tom. I. *Theſauri iuris Ottoniani* p. 62. *Iac.* GOTHOFREDUS in Notis ad Leg. Iuliam et Papiam *cap. 30. Ant.* AUGUSTINUS de LL. et SCtis cap. 18. *Iac.* GUTHERIUS de officiis Domus Auguſtae Lib. I. c. 31. *Ger.* NOODT in Orat. de Lege regia. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Syntagm. Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 2. n. 66. und noch viel andere. Allein *Em.* MERILLIUS Obſervat. iuris lib. VIII. c. 19. und *Io. Car. van* WACHENDORF de principe legibus ſoluto, Cap. I. §. 6. und folgg. (*in Triade Diſſertationum. Trajecti ad Rhen. 1730. 8.*) haben jene Meinung gründlich widerlegt. Daß *L. 31. D. de LL.* allgemein, und von allen bürgerlichen Geſetzen zu verſtehen ſey, beweiſet unter andern ſchon die Algemeinheit des Titels *de Legibus, SCtis* etc. in welchen dieſelbe befindlich iſt. War es nun auch allenfalls für den Auguſtus oder ſeine Nachfolger ein Privilegium, daß ſie von der Verbindlichkeit der ſogenannten *Legum caducariarum* frey waren, ſo konnte doch gewiß Juſtinian, wie er ſeine Pandecten verfertigen ließ, hierauf nicht mehr zielen, weil er in *L. un. pr. Cod. de caducis tollendis* überhaupt jene Geſetze aufgehoben hatte.

Sachen der Reichsſtände nicht nach den Landesgeſetzen und ſtatutariſchen Rechten derjenigen Provinz, in welcher ſie regieren, entſchieden werden, wenn ſie ſich nicht freywillig durch einen Vertrag, oder ſtillſchweigend dazu verbindlich gemacht haben, welches leztere unter andern daraus zu ſchlieſen iſt, wenn ein Landesherr will, daß ſeine Sachen in ſeinen eigenen Gerichten entſchieden werden ſollen [85]).

Dahingegen ſind nun alle Unterthanen eines Landesherrn, ohne Unterſchied, ſie mögen geiſtlichen oder weltlichen Standes ſeyn, denen Geſetzen deſſelben unterworffen. Denn wenn gleich die Geiſtlichen einen befreyeten Gerichtsſtand haben, ſo dürfen ſie ſich doch, da ſie ohne Zweifel als Bürger im Staate anzuſehen ſind, denen bürgerlichen Geſetzen deſſelben keinesweges entziehen, inſofern ſie nicht die Geſetze ſelbſt hiervon eximiren [86]). Zwar ſuchte Innocenz III [87]) die Geiſtlichkeit der weltlichen Obrigkeit völlig zu entreiſſen, und dieſelbe unter das Joch des geiſtlichen Deſpotismus zu ziehen; allein in unſern Tagen ſiehet ſelbſt der aufge-

S 2 klärte

[85]) S. REINHARTH in Obſervat. ad Chriſtinaei Deciſiones Vol. I. Obſ. 10. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 84. S. 70. Man vergleiche überdies HARTLEBEN in Meditat ad Pandect. Spec. VIII. m. 11. und *M.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. IV. Eclog. 19.

[86]) Mit Recht ſchreibt *Petr. de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii. Lib. II. c. VII. §. 8. *Quia clerici, non tantum qua clerici, ſed etiam qua ciues ſunt, ſpectantur in republica,* legibus Principum tenentur, *niſi earum gratiam aut libertate generali, toti clero indulta, aut alicui ordini ex beneficio Regum conſecuti ſint.*

[87]) *cap. 6. X. de maiorit. et obedient.*

klärte Katholik dieſes Unternehmen als den ſchändlichſten Eingrif in die geheiligten Rechte der Majeſtät an, ſo der Vernunft und heiligen Schrift entgegen ſtreitet[88]).

Es giebt übrigens Fälle, daß Perſohnen, die in dem Territorium eines Landesherrn ſich befinden, demohngeachtet nicht der Territorial-Hoheit und denen Geſetzen dieſes, ſondern eines andern Landesherrn unterworfen ſind. Ein merkwürdiges Beiſpiel hiervon geben uns die Geſanden fremder Staaten, als welche an den Orten, woſelbſt ſie ſich als Geſande befinden, der Territorial-Hoheit nicht unterwürfig ſind, ſondern vielmehr in Abſicht ihres weſentlichen Characters, nach welchem ſie die moraliſche Perſohn eines freyen unabhängigen Staats vorſtellen, und vermöge der in dieſer Rückſicht geſchehenen An- und Aufnahme derſelben die völlige Gerichtsfreyheit in demjenigen Staate haben, an welchen ſie ſind abgeſchickt worden. Solche Geſanden bleiben daher mitten in dem auswärtigen Staate in allen ihren Handlungen Unterthanen ihrer Principale, der abſendenden Regenten, und müſſen deſſen Vorſchriften eben ſo pünctlich erfüllen, als wenn ſie ſolche unmittelbar unter jener Augen zu vollſtrecken hätten[89]).

§. 44.

[88]) S. *Paul. Ioſ.* a RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſiaſt. P. I. Cap. VIII. §. 119. folgg. u. §. 353. vorzüglich aber Joſ. Val. Eybel Einleitung in das katholiſche Kirchenrecht (Frankf. u. Leipzig 1779. 8.) 2. Th. 2. Buch 2. Hauptſt. §. 112.

[89]) S. Chriſt. Heinr. von Römer Grundſätze über die Geſandſchaften und die ihnen zukommende Rechte. (Gotha 1788.) XIII. Abſchnitt S. 312. u. folgg.

§. 44.

Verſchiedene Gattungen der Unterthanen in Abſicht auf die Verbindlichkeit der bürgerlichen Geſetze eines Staats.

Es iſt ein irriger Saz, den gleichwohl viele behaupten, daß jeder, der ſich in den Grenzen eines Staats aufhalte, auch Unterthan deſſelben ſey. Ein Irrthum, den ſchon das am Ende des vorigen Paragraphs von denen Geſanden angeführte Beiſpiel allein sattſam zu widerlegen im Stande wäre, wenn nicht derſelbe bereits von den gröſten Rechtsgelehrten wäre widerlegt worden [90]). Unterthanen werden vielmehr diejenigen genennt, welche ſich der höchſten Gewalt in einem Staate unterworfen haben [91]). Alſo nicht der bloſe Aufenthalt im Territorium, ſondern die mit demſelben verknüpfte ſtillſchweigende oder auch ausdrückliche Einwilligung in die Abhängigkeit gegen die Landeshoheit, welche in der Abſicht, um an den bürgerlichen Vortheilen des Staats Antheil zu nehmen, geſchehen, macht denjenigen, welcher ſich in einem Staate befindet, zum Unterthan deſſelben. Hieraus folgt, daß ſich die Oberherrſchaft des Staats über die Unterthanen deſſelben weiter nicht erſtrecke, als in ſo weit ſich dieſe unterwürfig gemacht haben, und ſich haben unterwerfen können. Da nun die Menſchen ſich auf dreyerley Art der höchſten Gewalt im Staat unterwerfen können, nehmlich entweder in Anſehung ihrer

[90]) Chriſt. Thomaſius de inutilitate brocardici: *Quae ſunt in territorio, praeſumuntur eſſe de territorio.* Halae 1709. 4. und *Ge. Frid.* DATHE de falſitate vulgati: *Quidquid eſt in territorio, praeſumitur etiam eſſe de territorio. Goettingae* 1753. 4.

[91]) J. J. Moſer von der teutſchen Unterthanen Rechten und Pflichten. Frankf. und Leipz. 1774. 4.

Perſohn, oder in Anſehung ihrer Güter, oder in Anſehung ihrer Handlungen, die ſie in einem fremden Lande unternehmen, ſo entſtehet hieraus eine dreyfache Claſſe von Unterthanen. Erſtere ſind diejenigen, welche ihren Wohnſiz in einem Lande haben; dieſe werden Einwohner (*incolae*), und wenn ſie beſonders mit liegenden Gütern anſäſſig, und von der vornehmen Claſſe der Unterthanen ſind, Landſaſſen [92]) genennt. Solche Unterthanen ſind an alle Geſetze des Landes, in welchem ſie domicilirt ſind, gebunden, ſo lange nicht beſonders in Anſehung des einen oder des andern eine Ausnahme gemacht worden iſt. In foro domicilii können ſie daher aller Forderungen wegen verklagt werden; ja nach denen Geſetzen des ſtäten und weſentlichen Aufenthalts iſt der Zuſtand ihrer Perſohn, mit denen davon abhangenden Rechten, z. B. ob jemand für mündig oder unmündig, ehelich oder unehelich, u. ſ. w. zu halten ſey, lediglich zu beurtheilen [93]). Die andere Claſſe von Unterthanen machen diejenigen aus, welche nur allein Güter in einem Lande beſitzen, ohne daſelbſt zu wohnen. Dieſe werden *forenſes*, Eingeſeſſene und Begüterte genennt, obwohl auch dieſe Benennungen von jenen der erſtern Gattung gebraucht zu werden pflegen. Solche ſind ordentlicher Weiſe dem Landesherrn, in deſſen Territorium die ihnen gehörigen Güter liegen, für ihre Perſohn nicht unterthänig; nur in Anſehung der Güter kommt dieſem Landesherrn die

Lan-

92) *H. C.* GEISLER de Landſaſſiatu libellus primus. *Marburgi* 1780. 8.

93) Weſtphal teutſches und reichsſtändiſches Privatrecht. 1. Th. 3. Abh. §. 6 u. folgg. *Io. Th.* SEGER Diſſ. de vi legum et decretorum in territorio alieno Lipſiae 1777. §. 5. S. 17. beſonders HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 4.

Landeshoheit, und den Beſitzern die derſelben entſprechende Unterthänigkeit zu [94]). Daher auch die leztere nur in ſofern denen Geſetzen des Landes unterworfen ſind, als ſie die liegenden Güter betreffen, weil ſie in ſofern auch den Schuz und Sicherheit im Staate zu genieſſen haben. Beyde jezt gedachte Claſſen von Unterthanen werden beſtändige genennt, von welchen alſo diejenigen zu unterſcheiden ſind, welche blos für zeitige Unterthanen (*ſubditi temporarii*) gehalten werden. Dieſe machen die dritte Claſſe von Unterthanen aus, und man verſtehet darunter ſolche, welche ſich nur eine Zeitlang in einem Lande aufhalten, und entweder daſſelbe blos durchreiſen, oder auch Geſchäfte halber ſich daſelbſt befinden. Dieſe ſind nur in Anſehung der Handlungen, die ſie in dem Lande vornehmen, denen Geſetzen deſſelben unterworfen.

Solche zeitige Unterthanen müſſen ſich alſo denen Geſetzen des Orts, wo ſie ſich aufhalten, unterwerfen:

1) wenn ſie daſelbſt Proceſſe führen. Denn es iſt ein unbeſtrittener Grundſaz, daß in allen Dingen, welche den Proceß und die Art des gerichtlichen Verfahrens betreffen, lediglich die Geſetze des Forums, wo der Rechtshandel obſchwebt, zu beobachten ſind [95]). Dieſe muß der Richter bey rechtli-

S 4 chen

[94]) So iſt es ordentlicher Weiſe, inzwiſchen kann auch zuweilen nach der Verfaſſung einzelner Länder, wie z. E. in Sachſen, der Güterbeſiz in einem Lande die völlige Unterthänigkeit bewirken, welches man den vollen Landſaſſiat nennt. S. *Lüd.* MENCKEN de vi ſuperioritatis territorialis in territoriis clauſ. §. 8 - 13.

[95]) *C. F.* HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. For. Obſ. CCCCIX. n. 10. und 16. Weber von der natürl. Ver-

chen Entſcheidungen zur Richtſchnur nehmen, und Auswärtige haben ſelbſt, indem ſie vor dieſem Richter ihre Klagen anbringen, in die Proceßordnung des Landes eingewilliget. Hierher gehört, wenn von dem Gerichtsſtande des Beklagten, der Art des Proceſſes, der Zeit der Verjährung einer Klage, der Beſtellung eines Anwalds und übrigen Handlungen des gerichtlichen Proceſſes die Frage iſt.

2) Müſſen zeitige Unterthanen, auch die Geſetze des Landes, wo ſie ſich aufhalten, zur Richtſchnur annehmen, wenn ſie daſelbſt rechtliche Geſchäfte vornehmen, zu deren Gültigkeit eine gewiſſe Form erfordert wird; z. B. wenn ſie daſelbſt Verträge ſchlieſſen, oder ein Teſtament machen. Denn es iſt eine bekannte Regel, daß die Form und Gültigkeit rechtlicher Geſchäfte nach den Geſetzen des Orts zu beſtimmen ſey, wo die Handlung vorgenommen worden [96]). Hieraus folgt a) daß alle Verträge, welche da, wo ſie getroffen worden, erlaubt und gültig ſind, allenthalben ihre Gültigkeit behaupten, wenn ſie gleich mit den Geſetzen desjenigen Landes, wo daraus geklagt wird, nicht übereinſtimmen [97]). Je-

Verbindlichkeit. 3te Abth. §. 95. S. 75. SEGER in der oben angeführten *Diſſ.* §. 10. *Car. Fr.* BOESCHEN Diſſ. de vi legum civil. in ſubditos temporarios. praeſ. *A. F.* SCHOTT. Lipſiae 1772. §. XXXI. ſqq. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 8.

96) Weſtphal *a. a. O.* §. 2. S. 32. HOMMEL *a. a. O.* SEGER *cit. Diſſ.* §. V. S. 17. *Io. Nic.* HERTIUS Diſſ. de colliſione legum. Sect. IV. *Chr. Gottl.* RICCIUS Exerc. de contractu cambiali §. 81. u. a. m.

97) *L. 34. D. de Reg. Iuris.* Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 2te Abth. §. 62. S. 195.

Jedoch hat dieſe Regel ihre Ausnahmen, wohin vorzüglich gehört: 1) Wenn ein Unterthan eines Landes in der Abſicht, um den Geſetzen deſſelben auszuweichen (in fraudem legis domeſticae), in einem fremden Lande eine Handlung vollziehet [98]. 2) Wenn das Verſprechen nicht erfüllet werden kann, ohne daß eine Handlung vorgehe, eine Verbindung getroffen werde, die ſchon an ſich nach den Geſetzen unſers Landes durchaus nicht geduldet werden ſoll [99]. 3) Wenn durch das auswärtige Geſez, nach welchem der Handel geſchloſſen worden iſt, den Rechten und Freyheiten unſers Landes offenbar Eintrag geſchiehet [100]. Aus dem obigen Satze folgt weiter, b) daß, wenn ein Teſtator nur nach denen Feyerlichkeiten, die an dem Orte, wo er ſein Teſtament gemacht hat, vorgeſchrieben ſind, ſich gerichtet hat, ein ſolches Teſtament an allen Orten gelte, obgleich an dieſen andern Solennitäten vorgeſchrieben ſind [1]. Dies iſt wenigſtens die gemeine Meinung

98) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX med. 5. Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts. Th. I. S. 159. VOET Commentar. ad Pandect. Tom. I. Lib. I. Tit. 4. Part. 2. §. 14.

99) Z. B. Wenn Perſohnen an einem Orte, wo ihnen die eheliche Verbindung erlaubt war, ſich mit einander verlobt haben, und die Vollziehung der Ehe an einem andern Orte, wo ſie ſchlechthin verboten iſt, verlangt wird.

100) SEGER in der angeführten *Diſſertat.* §. 5. Weber a. a. O. S. 196.

1) VOET a. a. O. §. 13. VINNIUS ſelect. iuris Quaeſtion. *Lib. II. cap. 19.* GAIL Obſervat. *Lib. II. c. 123.* MYNSINGER Obſervat. *Cent. IV. Obſ. 82. Cent. V. Obſ. 20. n. 4. ſqq.* HUBER Praelect. ad Pandect. *Lib. I. Tit. 3. p. 538.* de CRAMER Obſervat. iu-

der Rechtsgelehrten, welche auch der Gerichtsgebrauch beſtättiget. Wenn daher z. B. ein Kaufmann der Reichsſtadt Frankfurt in Erlang bey ſeiner Durchreiſe plötzlich von einer gefährlichen Krankheit überfallen würde, und hier ſein Teſtament vor fünf untadelhaften Zeugen, die ſolches unterſchrieben und beſiegelt haben, gemacht hätte; (denn mehr erfordert die hieſige Landesordnung nicht zur Solennität eines auſſergerichtlichen Teſtaments) ſo iſt es auch zu Frankfurt gültig, wenn gleich die Frankfurter Statuten zur Gültigkeit eines ſolchen Teſtaments ſieben Zeugen erfordern. Aus dem römiſchen Rechte läßt ſich zwar dieſes nicht erweiſen, vielmehr möchte ſich daraus, da die Teſtamente ad iura Quiritium gerechnet wurden, und daher die Gültigkeit derſelben nach dem Ausſpruch des Cajus [2]) ex regulis iuris civilis lediglich beurtheilt werden mußte, leicht das Gegentheil darthun laſſen; wie ſchon Anton Schulting [3]), der übrigens, was das heutige Recht anbetrift, ganz unſerer Meinung iſt, bemerkt hat. Man darf ſich auch daher nicht wundern, wenn einige Rechtsgelehrten [4]), die alles aus dem römiſchen Rechte entſcheiden zu können vermeinen, mit

iuris univ. T. II. Obſ. 553. CONSIL. TUBINGENSIA *Vol. I. Conſ. 41.* PUFFENDORF Obſervat. iuris univerſi. T. I. Obſ. 28. §. 9. Höpfner Commentar über die Inſtitutionen §. 450. SEGER in der angef. Diſſertat. §. 8. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 142.

2) *L. 4. D. Qui teſtam. facere poſſ.*

3) ad ULPIANI Fragmenta. *Tit. XX.* §. *14. not. 45. Iurisprud. Antejuſt.* S. 631.

4) CUIACIUS Obſervat. *lib. XIV. cap. 12.* SCHILTER Exerc. ad Pandect. de iure obſid. cap. 9. §. 4.

mit Anführung einiger Geſezſtellen [5]) behaupten wollen, daß man bey der Errichtung eines Teſtaments jederzeit die Rechte des Vaterlands oder des Domiciliums anzuwenden habe. Allein, da die Teſtamente heutiges Tages nun bey allen geſitteten Nationen eingeführt und geſezlich beſtättigt ſind, mithin iuris gentium geworden, auch deshalb in manchen Provinzen und Städten Teutſchlands eigne Geſetze und Gewohnheiten bey Errichtung der Teſtamente vorhanden ſind, ſo können die römiſchen Rechte hierinn nicht angewendet werden [6]). Wir reden jedoch nur von der Form und äuſſerlichen Feyerlichkeiten eines Teſtaments. Denn inſofern von der Subſtanz deſſelben, und den Gütern ſelbſt die Rede iſt, worüber teſtirt wird, müſſen hauptſächlich die Geſetze desjenigen Orts, da die Güter liegen, angewendet werden. Z. B. wenn die Frage iſt, wen der Teſtator zum Erben einzuſetzen, wem er ein Legat

[5]) *L. 9. Cod. de teſtam. L. 2. C. Quemadm. teſtam. aperiant.*

[6]) Mit mir ſtimmt hierin auch der ſeel. Aſſeſſor Seger in der oben angeführten *Diſſ.* überein, welcher §. VIII. ſagt: Quae ex Romanis legibus repetuntur, nihil ad rem faciunt. Nihil certius eſt, quam Quiritium iure contrariam opinionem praevaluiſſe. Nempe teſtamentum apud Romanos erat lex populi teſtatore rogante condita. Hodierna teſtamenta aliis moribus aeſtimantur, ut quae, ſi hoc verbo abuti licet, *nunc fere facta ſint iuris gentium*, id eſt, apud cultiores populos tantum non omnes publice introducta et approbata. Itaque veritatem magis ultimae voluntatis ſpectamus, quam ſolennitatem. Hanc ſolennitatis obſervationem una ſola de cauſa exigimus, ut nempe vera et ſeria teſtatoris voluntas exinde intelligatur, *non etiam*, ceu olim Romani, *ad antiqui moris imaginem exprimendam.*

gat zu hinterlaſſen, ob er über dieſes oder jenes Grundſtück eine teſtamentliche Anordnung zu machen, oder der Legatar das ihm vermachte Grundſtück zu acquiriren befugt ſey? u. d. m. Denn die Güter ſind jederzeit dem *iuri rei ſitae* unterworfen [7]); und nur in dieſer Hinſicht gebe ich denenjenigen Recht, welche die Gültigkeit eines Teſtaments nach den Geſetzen desjenigen Orts, da die Güter liegen, beurtheilt wiſſen wollen [8]).

3) Auch in Anſehung der Inteſtaterbfolge muß der Fremdling ſich den Geſetzen desjenigen Orts unterwerfen, wo er ſuccedirt. Bey beweglichen Gütern und unkörperlichen Dingen, welche unter jenen mit begriffen werden, muß man daher die Geſetze desjenigen Orts, da der Verſtorbene ſeine ordentliche Wohnung hatte, zur Norm annehmen. Hierin ſind alle Rechtsgelehrte mit einander einverſtanden [9]). Hatte der Verſtorbene an mehrern Orten ſein Domicilium, ſo iſt es natürlich, daß man die beweglichen Güter nach demjenigen Ort der Wohnung, wo ſie angetroffen werden, beurtheile [10]). Bey Grundſtücken und unbeweglichen Dingen, zu welchen auch die denenſelben anklebende Gerechtigkeiten und Pertinenz-Stücke zu rechnen ſind, kommt es zuför-

7) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 143. *Tob. Iac.* REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaei Deciſiones Vol. IV. Obſ. 13. S. 6.

8) *Nic.* BURGUNDUS Comment. ad conſuetud. Flandriae Tr. VI. *Io. God.* SAMMET Quaeſt. Forenſes. Obſ. 1. §. 4. in *Opuſc.* S. 244. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 6. et 7.

9) KOCH de ſucceſſ. ab inteſtato §. 14.

10) SEGER in der angeführten Diſſertat. §. IX.

zuförderſt darauf an, ob nicht in dem Lande, wo ſie liegen, beſondere Anordnungen aufgeſtellet ſind, nach welchen ſie nach dem Tode des Erblaſſers auf einen andern Erben und Nachfolger, als nach den Geſetzen des Domiciliums, fallen ſollen [11]); wo dieſes nicht iſt, ſo gehet es auch bey unbeweglichen Gütern nach den Geſetzen desjenigen Orts, wo der Verſtorbene ſein Domicilium gehabt hat [12]). Endlich

4) wird auch ein zeitiger Unterthan nach den Geſetzen desjenigen Orts, wo er ſich aufhält, behandelt, wenn er daſelbſt ein Verbrechen verübt hat. Juſtinian ſchärft dieſes ſehr expreſſiv ein, wenn er in einer ſeiner Novellen [13]) verordnet: *ut unusquisque in provincia, in qua deliquit, ibi quoque iudicium accipiat.* Dieſes hat auch keinen Zweifel, wenn dem Miſſethäter an dem Orte, wo er das Verbrechen begangen hat, der Proceß gemacht wird [14]). Man erfordert jedoch nicht unbillig, daß, wenn das Verbrechen des Fremden entweder nur wieder ein Landes- und ſtatutariſches Geſez, oder zwar wieder das gemeine Recht laufen, aber doch nach demſelben nicht diejenige harte Strafe verdienen ſollte, als die Geſetze des Orts, wo das Verbrechen begangen worden, darauf ſetzen; der Delinquent an dem Orte ſchon eine Zeitlang ſich aufgehalten haben müſſe, wenn die deshalb beſtimmte Strafe

11) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 140. S. 113.

12) PUFFENDORF Obſervat. iuris univ. *Tom. I. Obſ. 28.*

13) *Nov. LXIX. cap. 1. princ.*

14) CARPZOV Pract. rer. crim. P. II. Qu. 54. n. 51. LEYSER Spec. CCLXXXIX. med. 6. KRESS ad Art. CLXXVII. CCC. pag. 650. *G. L.* BOEHMER de abigeatu et furto equorum §. 103.

Strafe ſtatt finden ſolle: daher ein Ankömling gegen die Strenge der Landesgeſetze zu ſchonen ſey, wenn er darthun könnte, daß er ſich in einer unüberwindlichen oder wenigſtens in einer verzeihlichen Unwiſſenheit befunden habe [15]). Wenn hingegen der Verbrecher an dem einen Orte die Miſſethat begangen haben, an einem andern aber deshalb ertappt, und daſelbſt zur Unterſuchung und Beſtrafung gezogen werden ſolte; ſo entſtehet alsdann die Frage, nach welchen Geſetzen das Verbrechen zu beſtrafen ſey? Hier würde es nun erſtlich ſehr unbillig ſeyn, den Miſſethäter nach den Geſetzen des Orts zu richten, wo demſelben der Proceß gemacht wird, wenn in dieſem Lande auf eben dieſes Verbrechen eine gröſere Strafe geſezt ſeyn ſolte. Denn wider dieſe Geſetze hat er doch eigentlich nicht geſündiget, weil Pönal-Statuten auſſerhalb Landes keine Verbindlichkeit haben [16]). Die meiſten Rechtsgelehrten behaupten daher, daß ein auſſerhalb Landes begangenes Verbrechen in foro deprehenſionis nach den Geſetzen des Orts, wo das Verbrechen verübt worden iſt, und in deren Ermanglung nach den Vorſchriften des gemeinen Rechts zu beſtrafen ſey [17]). Allein geſchähe gleich dem Delinquenten kein Unrecht, wenn er nach den Geſetzen des Orts, wo er die Miſſethat begangen hat, geurtheilt würde, weil er zunächſt dieſe übertreten hat; ſo läßt ſich doch keinesweges be-

15) *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER ad Carpzovium *Quaeſt. CXLIX* Obſ. 4. n. 67. Struben in den rechtlichen Bedenken Th. II. Bed. 113. und Th. IV. Bed. 28.

16) *cap. 2. de conſtitut. in 6to.* HARPPRECHT *Conſ. XXVIII. n. 87. ſq. Conſ. LIX. n. 83.*

17) LEYSER Spec. DCXLIV. med. 10. Struben Bedenken Th. IV. Bed. 135. Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts I. Th. 3. Abſchn. §. 95.

behaupten, daß der Richter, der den Verbrecher eingezogen, an jene Geſetze ſchlechterdings gebunden ſey; weil dieſe in Anſehung des Richters, der die Inquiſition formirt, fremde Rechte (iura alieni territorii) ſind. Dahero andere Rechtsgelehrte mit mehreren Grunde behaupten, daß die Strafe in einem ſolchen Falle, da die Geſetze des fori delicti und deprehenſionis nicht übereinſtimmen, nach dem gemeinen Rechte zu beſtimmen ſey [18]). Da inzwiſchen ein Richter jede Gelegenheit ergreifen muß, wo er die Strenge der Strafe ohne Eintrag der Geſetze mildern kann [19]), ſo nimmt man billig den Fall aus, wenn das particulaire Recht eine gelindere Strafe beſtimmt hätte, als in dem gemeinen peinlichen Recht verordnet ſtehet [20]). Ein Richter kann daher in einem ſolchen Falle die mildere Strafe, die nach den Geſetzen ſeines Landes eine Folge des vollzogenen Verbrechens iſt, mit Hintanſetzung der ſtrengern Strafe, die der Verbrecher an dem Orte, da er ſein Verbrechen begangen hat, dulden müßte, ohne Anſtand dem Miſſethäter zuſprechen; aber auch die mildere Strafe, welche die beleidigte Nation fordert, vorziehen, wenn in ſeinem Lande auf eben dieſes Verbrechen eine gröſere Strafe geſezt iſt [21]).

§. 45.

18) Meiſter im peinl. Proceß S. 685. G. L. BOEHMER Diſſ. de delictis extra territorium commiſſis. *Goettingae* 1748. §. 16. u. 17. und Derſelbe in Commentat. de abigeatu Cap. III. §. 98. u. folgg.

19) *L. 56. L. 168. D. de Reg. Iur. c. 49. eodem in 6to.*

20) HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Obſ. 281. KOCH Inſtitut. iuris crim. Lib. I. c. VI. §. 94. ZOLLER Spec. I. Obſervat. practicar. Lipſiae 1778. Obſ. 7.

21) SEGER in der angef. Diſſertat. §. VII.

§. 45. und 46.

Begrif und Eintheilungen der Gerechtigkeit.

Wir ſchreiten jezt zu dem zweyten Haupttheil dieſes Titels, welcher von der Gerechtigkeit (Iuſtitia) handelt. Die Handhabung derſelben iſt der Zweck unſerer Rechtsgelehrſamkeit, daher auch die Rechtsgelehrten Prieſter der Gerechtigkeit genennt werden [22]). Was iſt nun aber die Gerechtigkeit? **Ulpian** ſezt ſie nach den Lehrſätzen der Stoiker in eine feſte und beſtändige Bereitwilligkeit, jedem das Seinige zu geben und zu laſſen (conſtans et perpetua voluntas ius ſuum cuique tribuendi [23]). Die Stoiker betrachteten die Gerechtigkeit als eine Tugend, und dachten ſich darunter eine conſtantem et perpetuam vitae rationem [24]). Nach dieſer ſtrengen Tugendlehre ſahen ſie daher bey Ausübung der Gerechtigkeit zugleich auf die innern Neigungen. Die äuſſerliche Erfüllung der Pflichten genügte ihnen noch nicht; nein, nur denjenigen hielten ſie für gerecht, der auch den Willen, und zwar den feſten und unveränderlichen Willen hätte, gerecht zu handeln [25]). Allein es mag immerhin der ange-

[22]) *L. 1. §. 1. D. de I. et I. Io. Iac.* BOSIUS de Iuris-conſultis ſacerdotibus iuſtitiae. *Lipſiae* 1739.

[23]) *L. 10. pr. D. eodem.* Hiermit ſtimmt auch CICERO de Finibus Lib. V. c. 23. überein, wo er ſagt: IUSTITIA *eſt animi affectio, ſuum cuique tribuens, et hanc ſocietatem coniunctionis humanae mirifice et aeque tuens.*

[24]) S. CICERO *de Legib. Lib. I. c. 17.* und *lib. IV. Academicor.* ARISTOTELES *ad Nicomach. v. 1.* GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XVII. c. 5. in fine. Mehrere Stellen noch hat WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris. L. I. c. IV. §. 133. S. 221.

[25]) S. *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. III. c. 1. et 2. *Chriſtfr.* WAECHTLER ad Noodtium in *Opu-*

angeführte Begrif von der Gerechtigkeit ſeine Vertheidiger gefunden haben [26]), für den Juriſten iſt er wenigſtens nicht brauchbar, deſſen Zweck nur Handhabung der äuſſerlichen Gerechtigkeit iſt [27]). Die eigentliche **Gerechtigkeit**, die für das Forum des Rechtsgelehrten gehört, beſtehet demnach in der **Uebereinſtimmung der äuſſerlichen Handlungen des Menſchen mit den vollkommenen oder Zwangsgeſetzen.** Nach dieſem juriſtiſchen Begrif der Juſtiz wird alſo a) ein jeder für **gerecht** gehalten, deſſen Handlungen nur äuſſerlich denen Geſetzen gemäß ſind, wenn er auch gleich nur aus Furcht vor der Strafe gerecht handelte, ſeine innere Geſinnungen und Neigungen aber nichts weniger als mit den Geſetzen übereinkämen; denn darum bekümmert ſich der Rechtsgelehrte nicht. Cogitationis poenam nemo patitur [28]). b) Gerechtigkeit hat immer nur Beziehung auf vollkommene oder Zwangsgeſetze. Wer alſo nur Liebespflichten gegen andere Menſchen nicht erfüllt, übrigens aber alles dasjenige pünctlich beobachtet, was die bürgerlichen Zwangsgeſetze von ihm fordern, von dem kann man nicht ſagen, er handle

Opuſculis pag. 289. ſqq. HUBER Digreſſ. Iuſtinian. Lib. I. cap. 7. *Io. Ge.* MARCKART Receptar. iuris civ. lection. P. I. pag. 20. *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. cap. 4. u. a. m.

26) *Fr. Car.* CONRADI Diſſ. de iuſtitia interna a fine iurisprudentiae civ. non ſeparanda. Helmſt. 1744.

27) Eben dieſes hat auch ſchon GEBAUER Diſſ. de iuſtitia et iure §. IV. gegen die Definition des Ulpians eingewendet.

28) *L. 18. D. de poenis.* Man erinnere ſich hierbey an dasjenige, was oben (§. 6.) über dieſen Gegenſtand bereits geſagt worden iſt.

ungerecht. Denn die Pflichten der Menſchenliebe liegen auſſer den Grenzen der eigentlichen Gerechtigkeit; (iuſtitiae forenſis) die Hintanſetzung derſelben misbilliget zwar die Moral, und erweckt auch wohl bey dem edler denkenden Theil des Publicums Verachtung, aber ziehet doch keine eigentliche Strafe nach ſich [29]). Hieraus erhellet, daß die Eintheilung einiger Rechtsgelehrten von der Gerechtigkeit, wenn ſie dieſelbe in *expletricem*, welche in der Erfüllung der vollkommenen Pflichten, und *attributricem*, welche in der Beobachtung der Liebespflichten beſtehen ſoll, eintheilen [30]), für den Rechtsgelehrten gar keinen Nutzen habe, weil wir in foro humano nur mit Zwangsrechten und vollkommenen Pflichten zu thun haben [31]).

Eben ſo irrig iſt auch die bekannte Eintheilung der Juſtiz in *diſtributivam* und *commutativam*, welche gemeiniglich mit jener verwechſelt wird. Erſtere ſoll diejenige ſeyn, welche ein geometriſches, und leztere, welche ein arithmetiſches Verhältnis zum Maßſtab annimmt [32]). Die arithmetiſche Proportion, ſagt man,

[29]) So z. B. erzählt CICERO de officiis Lib. III. c. 13. man habe es zu Athen für eine Schande gehalten, *erranti viam non monſtrare*.

[30]) GROTIUS de I. B. ac P. Lib. I. c. 1. §. 8.

[31]) WÜRFEL iurisprud. civ. definitiva §. 2.

[32]) Es iſt dieſe Eintheilung aus des Ariſtoteles Ethik V. Buch 5. Cap. genommen; S. KAESTNER Commentat. de iuſtitia eiusque ſpeciebus, in Ariſtotel. Ethic. V. *Lipſiae* 1737. Daß jedoch ein Mißverſtand der Worte jenes Philoſophen die eigentliche Quelle dieſer Eintheilung ſey, hat D. *Io. Sam. Traug.* GEHLER in Commentat. de laeſione emtoris ultra dimidium recte computanda *Lipſiae* 1777. §. XIII. gründlich dargethan.

man, finde nur beym Handel und ſolchen Contracten ſtatt, in denen die Partheyen einander gegenſeitig etwas zu leiſten verſprochen haben; die **geometriſche** hingegen werde bey Beſchwerungen oder gemeinen Laſten der Unterthanen, ſodann bey Belohnungen und Beſetzung der Ehrenſtellen, desgleichen bey der Beſtrafung der Verbrechen, auch bey der Berechnung im Concurſe, wenn die Frage iſt, wie viel ein jeder Gläubiger an Unkoſten, oder, wenn mehrere Gläubiger derſelbigen Gattung vorhanden ſind, die kein Vorzugsrecht vor einander haben, wegen nicht hinreichender Concursmaſſe, an der Forderung ſich müſſen abgehen laſſen, und dergleichen, angewendet [33]). Man ſagt ferner, *Iuſtitia diſtributiva* nehme auf die Perſohn, Stand und Verdienſt Rückſicht, die *commutativa* aber nicht. Allein das Irrige dieſer pur ſcholaſtiſchen, und in unſern Geſetzen nirgends gegründeten Eintheilung zeigt ſich ſogleich offenbar, wenn man erwägt, daß unſere Geſetze auch bey dem Handel und Verträgen, die einzelne Bürger mit einander ſchlieſſen, nicht nur einen Unterſchied der Perſohnen in Anſehung ihres Alters, Geſchlechts und anderer Verhältniſſe, ſtatt finden laſſen, ſondern auch ſelbſt in Anſehung der verſprochenen Präſtationen überall eine geometriſche Proportion beobachtet wiſſen wollen. Wie verſchieden ſind nicht die Rechte der Pupillen und Minderjährigen bey den Verträgen und Veräuſſerungen? — der Weibsperſohnen bey Bürgſchaften? — der filiorumfamilias beym Darlehnscontract,

[33]) Io. Ge. Eſtor **Anfangsgründe des gemeinen und Reichs - Proceſſes** 3. Theil S. 4. §. 5. *Io. Ge.* DARIES Diſſ. de interpretat. et extenſione *L. 2. C. de reſc. vendit.* Trajecti ad Viadr. 1775. §. 24. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. P. I. §. 16.

tract, oder auch bey andern Contracten, die ſie gültiger weiſe ſchlieſſen können, wenn es auf die Frage ankommt, in wiefern ſie ſelbſt während der väterlichen Gewalt daraus belangt werden können? — der Geſellſchaftsgenoſſen, wenn ſie der Societätscaſſe ſchulden? u. ſ. w. Daß aber auch in Anſehung der zu leiſtenden Objecte bey den Contracten ein geometriſches Verhältnis zu beobachten ſey, beweißt unter andern der Societätscontract, bey welchem ſich, wenn die Geſellſchafter ein anders nicht feſtgeſezt haben, die Theilnehmung ſowohl am Gewinn als Verluſt nach den Beyträgen richtet [34]; dieſe geometriſche Proportion findet ferner auch beym Kauf [35), und Mieth- oder Pachtcontract [36], desgleichen bey Zahlungen [37], bey dem Verſprechen einer Brautgabe [38], und überhaupt in allen denen Fällen ſtatt, wo von der Präſtation

34) *L. 6. L. 80. D. pro ſocio.* conveniens eſt viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus ſocii ſimus, veluti ſi alter plus operae aut pecuniae in ſocietatem collaturus erat.

35) Der Kaufſchilling wird vermehrt oder vermindert nach dem Maaß und der Güte der verkauften Waaren. *L. 40. §. 2. D. de contr. emt. vend. L. 4. §. 1. D. de act. emt. vend.*

36) Der Miethzins wird nach dem Verhältnis der Zeit und der geleiſteten Dienſte, oder gehabten Nutzung berechnet, *L. 21. L. 30. pr. et §. 1. D. locati cond. L. 15. §. 7. D. eodem.*

37) *L. 8. D. de ſolut.* Illud non eleganter ſcriptum eſſe POMPONIUS ait: ſi par dierum et contractuum cauſa ſit, ex omnibus ſummis *pro portione* videri ſolutum.

38) Der Brautſchatz wird nach Verhältnis des Vermögens desjenigen, welcher ihn beſtellen muß, und des Standes der Verlobten feſtgeſezt. *L. 60. u. L. 69. §. 4. D. de iure dot.*

ſtation und Beſtimmung einer gewiſſen Quantität die Frage iſt. [39]). Ich übergehe mehrere Argumente mit Stillſchweigen, die man bey andern in den unten angeführten Schriften finden wird [40]).

Lib. I. Tit. II.

de

Origine Iuris.

Die Abſicht des Kaiſers Juſtinian bey dieſem Titel der Pandecten war, denen Rechtslehrern einen Leitfaden in die Hände zu geben, nach welchen ſie der rechtsbefliſſenen Jugend die Geſchichte des römiſchen Rechts und der Regimentsverfaſſung des römiſchen Staats, vortragen, nicht weniger eine Anleitung zur Kenntnis der Litteratur und der römiſchen Rechtsgelehrten geben könnten, weil ohne dieſe Kenntniſſe niemand, der ein Rechtsgelehrter werden will, fortkommen kann.

39) *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris. *Lib. III. cap. 6.* hat dieſen Saz mit ſehr vielen Beyſpielen beſtärkt.

40) *Henr.* COCCEII Diſp. de proportionibus. Heidelberg. 1671. LEYSER Medit. ad Pandect. *Spec. I. med. 3.* *Io. Ortw.* WESTENBERG Digeſt. *h. t.* §. 15. *ſqq.* THOMASIUS Diſp. de aequitate cerebrina *L. 2. C. de reſc. vendit.* Cap. 2. §. 35. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. *Spec. I. med. 2.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 170. beſonders *Lud.* HERRENSCHNEIDER Diſſ. de laeſionis enormis computatione Part. Poſter. Argent. 1785. Cap. I.

Der gröſte Theil dieſes Titels iſt aus des POMPONII *libro ſingulari Enchiridii* genommen, wie die Ueberſchrift der L. 2. h. t. zeiget; gehet jedoch nur bis auf die Zeiten Hadrians. Daß die Urtheile der Rechtsgelehrten über das Fragment des Pomponius ſehr verſchieden ſind, iſt bekannt, hier aber der Ort nicht, über den Werth oder Unwerth deſſelben zu urtheilen[1]). Da überdies nach der heutigen Lehrmethode die Rechtsgeſchichte, und die übrigen in dieſem Titel berührten propädevtiſchen Wiſſenſchaften der Jurisprudenz nicht mehr bey den Pandecten, ſondern in eignen Vorleſungen gelehrt zu werden pflegen, auch überdies an Schriften, wodurch die römiſche Rechts- und Staatsgeſchichte iſt bearbeitet worden[2]), kein Mangel iſt, ſo über-

[1]) Ich habe hierüber an einem andern Orte mich erklärt. S. meine *Opuſcula* faſc. II. S. 90. und folgg.

[2]) Wir können die vorzüglichſten Schriften dieſer Art in zwey Claſſen bringen, einmahl in ſolche, die eine Erläuterung des Pomponiusiſchen Fragments oder der *L.* 2. *D. de O. J.* enthalten, unter welchen auſſer dem oben ſchon angeführten *van der* MUELEN, noch beſonders RUPERTI Animadverſiones, *Corn. van* BYNCKERSHOEK Praetermiſſa, welche beide in UHLII *Opuſculis ad Hiſt. iuris pertinent.* ſtehen, deßgleichen *Antonii* GARRONIS in tit. Dig. de O. I. commentaria *Bremae* 1631. *Ger.* COCCEII Commentarii *Groeningae* 1660. und *Sim.* LEEWIUS de origine et progreſſu iuris civ. Rom. *Lugd. Batav.* 1671. zu bemerken. Die andere Claſſe von Schriften machen diejenigen aus, welche die Geſchichte des römiſchen Rechts und römiſchen Staats vollſtändiger vorgetragen haben; zu dieſen rechne ich auſſer den bekannten claſſiſchen Werken eines *Chr. God.* HOFFMANN, *Io. Sal.* BRUNQUELL und *Io. Gottl.* HEINECCIUS, mit Ritters und Silberrads Noten, vorzüglich *Io. Aug.* BACH Hiſtoria iurispr. romanae Li-

übergehe ich die Contenta dieſes Titels, und will ſtatt deſſen, nur im allgemeinen von den Quellen der in Teutſchland üblichen bürgerlichen Rechtsgelahrtheit und deren Gebrauch handeln. Man verſtehet darunter die in Teutſchland geltende Privatgeſetze, aus welchen die zur bürgerlichen Rechtsgelehrſamkeit gehörige rechtliche Grundſätze und Wahrheiten herzuleiten ſind. Dieſe ſind nun von zweierley Art:

I) fremde in Teutſchland recipirte Geſetze;

II) teutſche, einheimiſche Geſetze.

1. Abſchnitt.

von

den in Teutſchland geltenden fremden Geſetzen, die wir als Quellen der bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrſamkeit anzuſehen haben.

A.

Vom römiſchen Rechte.

---

§. 47.

Begrif und Eintheilung des römiſchen Rechts.

Auſſer dem Moſaiſchen Rechte, von deſſen heutigen Gültigkeit ſchon oben (§. 23). ausführlich iſt

T 5 ge-

Lipſiae 1775. und das neueſte Werk des D. *Thomas* BEVER unter dem Titel: The hiſtory of the Legal Polity of de Roman State, and of the Riſe, progreſs and extent of the Roman Laws. London 1780. 4. und ins teutſche überſezt unter der Aufſchrift: Geſchichte des römiſchen Staats und des römiſchen Rechts von L. Völkel. Leipzig 1787. 8 Auch ſind die Werke eines Ferguſons und Gibbon's über den Fortgang und Verfall der röm. Republic für Rechtsgelehrten von groſem Nutzen.

gehandelt worden, verdient unter denen in Teutſchland recipirten fremden Rechten nun vorzüglich das römiſche unſere ganze Aufmerkſamkeit. Unter dem römiſchen Rechte verſtehet man in der weitläuftigern Bedeutung den Inbegrif aller und jeder Geſetze, welche in dem römiſchen Staate von deſſen Gründung an, bis auf den Untergang des griechiſchen Kaiſerthums gegolten haben. In der eigentlichen Bedeutung aber wird darunter das Juſtinianeiſche Recht, oder der Inbegrif der zur Zeit des K. Juſtinian in dem römiſch-griechiſchen Kaiſerthum gültig geweſenen Rechte, welche in dem Corpore iuris civilis enthalten ſind, verſtanden. Nimmt man es nach dem obigen generellen Begrif, ſo enthält ſolches drey verſchiedene Theile. A) das Antejuſtinianeiſche, B) das Juſtinianeiſche und C) das Poſtiuſtinianeiſche Römiſche Recht.

§. 48.

Ueberbleibſel des Antejuſtinianeiſchen Röm. Rechts.

Soviel zuerſt die vor Juſtinian gegoltene röm. Rechte anbetrift, inſofern ſie der Kaiſer nicht in ſeine Geſezſammlung aufgenommen [2]); ſo gehören dahin:

I) Die Ueberbleibſel der Königlichen Geſetze. (Aut. §. 47 u. 48.) Die Röm. Könige ſind Ur-

heber

[2]) Hierbey verdienen vorzüglich Juſt. Henning Böhmers Gedanken von denen verlohrnen alten römiſchen Geſetzen und Rechtsbüchern, wie auch von den groſſen Bemühungen der Gelehrten, ſolche wiederherzuſtellen, in Schotts iuriſt. Wochenblatt 3. Jahrgang 1774. N. XXVIII. S. 497 - 534. nachgeſehen zu werden.

heber dieſer Geſetze, und durch die Stimmen des römiſchen Volks wurden ſie auf den comitiis curiatis beſtättiget. C. Papirius, dem als Pontifex Maximus die Sorge für die Erhaltung der Geſetze von Amtswegen oblag, brachte ſie nach Vertreibung der Könige in eine vollſtändige Sammlung, welche theils zur Ehre ihres Verfaſſers, theils weil ſie das damals geltende ſchriftliche Civilrecht der Römer enthielt, *ius civile Papirianum* genennet wurde. Eben dieſer Mann hatte auch ſchon vorher die Tafeln, worauf Ancus Marcius die geiſtlichen Geſetze des Königs Numa aufzeichnen, und zur allgemeinen Notiz ein Foro aufſtellen laſſen, weil ſie durch die Länge der Zeit veraltert und verdorben waren, wieder hergeſtellet [3]). Daher der gemeine Irrthum entſtanden, als ob nur allein die geiſtlichen Geſetze des Numa von Papirius geſammlet worden wären, welchen ich an einem andern Orte widerlegt habe [4]). Fragmenta legum regiarum et iuris papiriani findet man mit einer Erläuterung beym Hoffmann *Tom. II. Hiſtoriae iuris.* S. 1-64.

II) Die Fragmente der zwölf Tafelgeſetze (Autor §. 49.) Sie wurden von zehen dazu verordneten Männern, die man aus den vornehmſten Gliedern des Senats erwählet hatte, hauptſächlich aus griechiſchen deshalb eingeholten Geſetzen verfaſſet, und im Jahr der Erbauung Roms 306. unter dem Conſulat des L. Valerius und M. Horatius auf 12. ehernen

[3]) Auf dieſe Art ſind die Nachrichten des Pomponius *L. 2. §. 2.* und *§. 36. D. de O. I.* und des Dionyſius von Halicarnaſſus *Antiquit. Rom. Lib. III. p. 178.* nach der Sylburg. Ausgabe mit einander zu vereinigen.

[4]) S. meine Abhandlung de iure civili papiriano. Opuſculor. faſc. II.

nen Tafeln bekannt gemacht. **Jacob Gothofredus** [5]) hat dieſe Ueberbleibſel am beſten reſtituirt; und der Etatsrath und Profeſſor BOUCHAUD zu Paris hat ſie am vollſtändigſten erläutert [6]).

III) **Die Ueberreſte einzelner römiſcher Geſetze.** Z. B. des *Legis Mamiliae finium regundorum* [7]), *Legis Voconiae* [8]), *Legis Aeliae Sentiae* [9]), *Legis Iuliae et Papiae Poppaeae* [10]) u. d. m. welche durch die rühmlichen Bemühungen verſchiedener Rechtsgelehrten, ſo viel möglich geweſen, wiederhergeſtellet worden ſind [11]).

IV) **Die Bruchſtücke von dem Edicto Perpetuo.** (Aut. §. 65.) **Salvius Julianus** verfertigte dieſe Sammlung auf Befehl Kr. Hadrians aus den brauchbarſten Edicten der röm. Magiſtratsperſohnen,

[5]) Fontes quatuor iuris civ. *Genevae* 1653. Lib. I.

[6]) Commentaire ſur la Loi des douze Tables. *Paris* 1787. gr. 4.

[7]) *Car.* SAXII Diſp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. Traj. ad Rhen. 1779.

[8]) *Iac.* PERIZONIUS Diſſ. de Lege Voconia, feminarumque apud veteres hereditatibus. in *Triade ab* HEINECCIO *edita. Halae* 1722. 4.

[9]) Die Wiederherſtellung dieſes Geſetzes haben wir dem berühmten Heineccius zu danken. Man findet es in Deſſelben Antiquit. Rom. Lib. I. Tit. VI. §. 12.

[10]) Nach *Iac.* GOTHOFREDUS hat dieſes wichtige Geſez am vollſtändigſten *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Comment. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam. *Amſtel.* 1731. 4. reſtituirt.

[11]) S. *Ant.* AUGUSTINI de Legibus et Senatusconſultis liber. adiunctis Legum antiquarum et SCtorum fragmentis, cum notis FULVII VRSINI *Pariſiis* 1584. fol.

nen, vornehmlich der Prätoren. Sie wurde im Jahr der Erb. Roms 885. bekannt gemacht. Was davon auf unſere Zeiten gekommen, hat nach Ranchinus, Gothofredus und Noodt, am beſten Hoffmann *Tom. II. Hiſt. iuris Rom. N. IV.* S. 305 — 360. reſtituirt; der Commentar des Heineccius in *Opuſculis poſtumis* iſt nicht vollſtändig.

V) Die Fragmente der alten römiſchen Juriſten, welche auſſer unſern Corpore iuris civ. ſind aufbehalten worden. Dahin gehören CAII *Inſtitutionum libri II.* IVLII PAVLI *Sententiarum Receptarum libri V. Tituli ex corpore* VLPIANI XXIX. *Moſaicarum et Romanarum Legum collatio.* MODESTINI *Regularum fragmentum unicum; Fragmentum veteris ICti de iuris ſpeciebus et manumiſſionibus. Conſultatio veteris ICti de pactis*; und PAPIANI *reſponſorum liber.* Alle dieſe Ueberbleibſel hat Anton Schulting in Iurisprudentia veteri anteiuſtinianea. *Lugduni Batavor.* 1717. 4. und *cum praefatione* Ge. Henr. AYRER *Lipſiae* 1737. geſammlet, und mit ſeinen eignen ſowohl als anderer Rechtsgelehrten Anmerkungen vortreflich erläutert. Hierbey iſt noch zu bemerken, daß auch *Ger.* MEERMANN den *Cajus* mit ſeinen critiſchen Anmerkungen, den *Paulus* und *Ulpianus* aber mit den Noten des Peter Faber Tom. VII. Theſauri iur. civ. et canon. Desgleichen *Herm.* CANNEGIETER die *Collationem Leg. Moſaic. et Rom.* Lugd. Bat. 1765. 4. auch *Io.* CANNEGIETER den *Ulpianum* und die eben gedachte *Collationem* mit ſeinen Commentarien Lugd. Bat. 1768. 4. endlich *Io. Chriſt.* AMADVTIVS das ſogenannte *reſponſum Papiani* aus einer Ottobonianiſchen Handſchrifft vollſtändiger Rom. 1767. Fol. ediret haben.

VI) Die

VI) Die Ueberbleibſel von dem Gregorianiſchen und Hermogenianiſchen Codex. Beide Sammlungen enthalten Verordnungen der römiſchen Kaiſer vor Conſtantin, ſind iedoch wahrſcheinlich erſt unter dieſem Kaiſer, und zwar die erſtere vom Gregorius, welcher im Jahr Chriſti 336. *Praefectus Praetorio* geweſen, die andere aber von dem römiſchen Juriſten Hermogenian, vielleicht als Supplement der erſtern, verfertiget worden [12]). (Aut. §. 63.) Am vollſtändigſten hat die *Fragmenta codicis Gregoriani et Hermogeniani* Anton Schulting in iurisprud. vet. anteiuſtin. S. 683 — 718. edirt, und mit ſeinen Anmerkungen erläutert.

VII) Die Fragmente des Theodoſianiſchen Codex. Sie enthalten blos Verordnungen chriſtlicher Kaiſer von Conſtantin bis Theodoſius II. in ſechzehen Büchern. Die ganze Sammlung machte Theodoſius im Jahr Chriſti 438. bekannt. (Auct. §. 64.) Nach Sichard, Tilius und Cujacius hat *Iac.* GOTHOFREDUS die Fragmente dieſes Codex am beſten und vollſtändigſten editet, und ſie mit einem vortreflichen Commentar verſehen. Dieſes unſchäzbare Werk kam erſt nach dem Tode des Gothofredus durch die Beſorgung des Anton Marvilius zu Lyon 1665. in 6. Folianten heraus. Die neueſte und beſte Ausgabe iſt jedoch diejenige, welche mit Joh. Daniel Ritters herrlichen Zuſätzen zu Leipzig in den Jahren 1736 — 1745. erſchienen iſt. Endlich

VIII) Die

[12]) S. *Chriſt. Frid.* POHL de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano Commentat. hiſtorica. *Lipſiae* 1777.

VIII) Die Novellen (neue Verordnungen) der römiſchen Kaiſer vor Juſtinian, die ſie noch nach dem Theodoſianiſchen Codex in den Jahren 439. bis 468. promulgirt haben. Joh. Daniel Ritter hat ſie unter dem Titel: *Novellae Conſtitutiones Imperatorum Iuſtiniano anteriorum, Theodoſii, Valentiniani, Martiani, Maioriani, Severi, Leonis et Anthemii*, dem 6ten Theil ſeiner Ausgabe des Theodoſianiſchen Codex beygefügt, und mit einem treflichen Commentar begleitet. Die ganze Sammlung iſt in fünf Bücher abgetheilt. Auſſerdem haben Anton Zirardini, Faenza 1766. 8. und Joh. Chriſtian Amaduzzi, Rom 1767. Folio aus einer Ottoboniani ſchen Handſchrift annoch fünf Verordnungen der Kaiſer Theodoſius II. und Valentinian III. mit weitläuftigen und ſehr gelehrten Erklärungen herausgegeben, welche vorher nirgends gedruckt waren [13]).

§. 49.

Heutiger Gebrauch derſelben.

Alle dieſe bisher gedachten Reliquien des antejuſtinianeiſchen römiſchen Rechts haben nun zwar heutiges Tages keinen gerichtlichen Gebrauch mehr, weil nur das juſtinianeiſche Recht in Teutſchland recipirt iſt, und

[13]) Das Werk des *Antonii* ZIRARDINI hat folgenden Titel: *Imperatorum Theodoſii iunioris et Valentiniani III. Novellae Leges, caeteris anteiuſtinianeis, quae in Lipſienſi anni 1745. vel in anterioribus editionibus vulgatae ſunt, addendae.* Faventiae 1766. gr. 8. Der Titul von dem Werk des AMADUTIUS aber iſt dieſer: *Leges Novellae V. anecdotae Impp. Theodoſii iunioris et Valentiniani III. cum caeterarum etiam Novellarum editarum titulis* Romae 1767. fol.

und überdies K. Juſtinian jene ältere Rechtsbücher caſſirt, ja deren Gebrauch in denen Gerichten verboten hat [14]). Allein deßwegen dürfen wir ſie keinesweges verachten, noch die Bemühungen jener groſen Rechtsgelehrten für vergeblich halten, die ſich um die Wiederherſtellung derſelben verdient gemacht haben; weil ſie zum gründlichen Studium des römiſchen Rechts in mehr als einer Rückſicht unentbehrlich ſind. Denn einmahl lernt man aus jenen Fragmenten das alte römiſche Recht kennen, welches Juſtinian aufgehoben, und öfters nur mit kurzen Worten erwähnet hat; nun wird man ſich keinen deutlichen und vollkommenen Begrif vom neuern römiſchen Recht machen können, wenn man ſich nicht erſt vorhero mit dem ältern Rechte gehörig bekannt gemacht hat. Ja man wird es oft gewahr werden, daß Juſtinian durch Aufhebung des vor ſeinen Zeiten üblich geweſenen Rechts, ſo durch die ältern röm. Kaiſer eingeführet worden, zuweilen das weit ältere Recht, welches zur Zeit der freyen Republic gegolten, wieder hergeſtellet habe, wie ſolches aus dem Titel des Codex *de caducis tollendis* und mehreren anderen Materien zu erſehen iſt Sodann laſſen ſich die aus den Schriften der römiſchen Juriſten zuſammengetragene Pandecten des Juſtinians ohne jene ältere Quellen ſchlechterdings nicht verſtehen, weil unzählige Stellen in denſelben ſich auf iene ältern römiſchen Geſetze beziehen, und eine Erläuterung derſelben enthalten. Ferner ſind viele Geſetze ſowohl in denen Pandecten als im Codex verſtümmelt, aus ihrem Zuſammenhange geriſſen, und durch die Compilatoren interpolirt und verändert worden, welche aus den obenerwähnten Ueberbleibſeln des antejuſt. römiſchen Rechts ergänzt und wiederhergeſtellet werden können. Denn

14) S. *Conſtitut.* IUSTINIANI *de confirmat. Digeſtor. ad Senatum et omnes populos* §. 19.

Denn aus der Vergleichung derſelben kann man erſehen, wie die Worte der Geſetze urſprünglich gelautet, und was darinn der Kaiſer nach dem Zuſtande ſeiner Zeiten ändern oder einſchalten laſſen; dergleichen Aenderungen in den Worten der Geſetze, wie bekannt, *Emblemata Triboniani* genennet werden [15]). Auch viele durch fehlerhaftes Abſchreiben und Abdrucken unſerer Juſtinianeiſchen Geſetzbücher entſtandene Verfälſchungen der Geſetze laſſen ſich aus ienen alten Ueberbleibſeln berichtigen, und d. m. Man ſiehet alſo hieraus, wie wenig man die Kenntnis des alten römiſchen Rechts und das Studium der Quellen deſſelben entbehren kann, wenn man das Juſtinianeiſche Recht gründlich bearbeiten will, und wie vielen Dank man denenjenigen unſterblichen Rechtsgelehrten ſchuldig iſt, die ſich um die Wiederherſtellung, Sammlung und Erläuterung obiger Fragmente des Anteiuſtinianeiſchen Rechts ſo rühmlich bemühet haben [16]).

§. 50.

[15]) Man ſehe hier vorzüglich nach ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VI. §. 262. und folg. und Walch in den Anmerkungen S. 477 - 490. wo man von den oben gedachten *Fragmentis iuris anteiuſtinianei* eine ſehr vollſtändige Nachricht finden wird.

[16]) Ich darf hier den bekannten Theſaurum iuris Romani des *Ev.* OTTONIS, und den Novum theſaurum iuris civilis et canonici des *Ger.* MEERMANNI nicht unberührt laſſen, in welchen beiden Werken man alle zur Erklärung des älteren röm. Rechts dienliche Schriften der eleganteſten Rechtsgelehrten zuſammengetragen findet, welche einzeln ſehr ſelten geworden ſind. Dieſen kann ich auch noch beyfügen die Iurisprudentiam Romanam et Atticam deren 1. und 2. Theil

§. 50.

Von dem Juſtinianeiſchen Rechte oder *Corpore iuris civilis*, deſſen Begrif und Theilen überhaupt.

Den zweiten Haupttheil des römiſchen Rechts macht das **Juſtinianeiſche Recht** aus, welches die im Corpore iuris ciuilis enthaltene, und zur Zeit des Kaiſers Juſtinian in den römiſch-griechiſchen Kaiſerthum gültig geweſenen Rechte in ſich begreift. Zu dieſem Juſtinianeiſchen Rechte gehören alſo theils diejenigen Sammlungen der römiſchen Geſetze, welche auf Befehl des Kaiſers Juſtinian vom Tribonian und ſeinen Gehülfen ſind verfertiget worden, nehmlich die Inſtitutionen, Pandecten, und der Codex; theils die denenſelben beygefügte eigene Verordnungen dieſes Kaiſers, als die Novellen und die ſogenannten 13 Edicte des K. Juſtinian. Den Inbegrif dieſer verſchiedenen Sammlungen des Juſtinianeiſchen Rechts nennet man CORPVS IVRIS CIVILIS; nelcher Nahme weder vom Juſtinian noch von denen ſo genannten Gloſſatoren des römiſchen Rechts herrührt, ſondern erſt in neuern Zeiten entſtanden iſt, als man anfing, die Juſtinianeiſchen Geſezſammlungen zuſammenzudrucken, die man anfangs nur einzeln und beſonders zu ediren pflegte. **Dionyſius Gothofredus**, der ſich durch ſeine Ausgaben des römiſchen Rechtskörpers bekannt genug gemacht hat, ſoll den Nahmen *Corpus iuris civilis* zuerſt gebraucht haben; er edirte unter dieſer Aufſchrift die Juſtinianeiſchen Geſetzſammlungen zu Lyon 1583. 4. [17]).

Wir

cum praefatione Io. Gottl. HEINECCII Leyden 1738. und 1739. fol. Der dritte aber cum praefat. *Pet.* WESSELINGII 1741. herausgekommen iſt.

[17]) S. des Herrn Canzlers KOCH Diſſ. de ordine Legum in Pandectis. *Gieſſae 1784.* §. *I. Not. b.*

Wir wollen ietzt von den einzelnen Theilen des Juſtinianeiſchen Rechts noch etwas ausführlicher handeln [18]).

§. 51.

Von den Inſtitutionen des K. Juſtinians.

Unter den Hauptheilen des römiſchen Geſetzbuchs nehmen nun die Inſtitutionen des K. Juſtinian den erſten Platz ein [19]). Sie ſind zwar erſt nach den Pandecten verfertiget worden, aber ſie wurden doch eher als die Pandecten, nehmlich am 21. November des Jahrs 533. bekannt gemacht, ob ſie gleich erſt am 30. December zugleich mit den Pandecten die geſezliche Beſtättigung erhalten haben. (Autor §. 70.) Die Verfaſſer derſelben ſind Tribonian, und die beiden Rechtslehrer Theophilus und Dorotheus. Dieſen befahl Juſtinian, die Hauptgrundſätze des ältern und neuern Röm. Rechts zum Unterricht für die Anfänger ins kurze zu ziehen: ut eſſent totius legitimae ſcientiae prima elementa. Sie ſind nach dem Muſter der Inſtitutionen des Cajus in vier Bücher und iedes Buch in verſchiedene Titel eingetheilt. Ihre Hauptquellen ſind

U 2 die

18) Hiervon handeln auch Joh. Hieron. Hermann Hiſtoria corporis iuris Iuſtinianei, oder hiſtoriſche Nachricht von den Inſtitutionen, Pandecten, Codex und Novellen. Jena 1731. 8. *Ad.* RICCIUS de librorum iuris romani quantitate et qualitate. *Regiomont.* 1657. 8. u. *Alb.* GENTILIS de libris iuris civ. *Hannoviae* 1605. 12.

19) Sie behaupten jedoch nicht in allen Ausgaben des Corporis iuris civ. dieſen erſtern Platz. Z. B. in der Ausgabe des *L.* CHARONDAE folgen ſie auf die Pandecten, in andern z. E. in der Ausgabe des *L.* RUSSARDI, und des PETRI AB AREA BAUDOZA CESTII, Lugduni 1593. gr. 4. machen ſie den Schluß.

die Inſtitutionen des Cajus, und die Pandecten des K. Juſtinian, aus denen ſie größtentheils excerpirt ſind; jedoch finden ſich auch hin und wieder Abweichungen von denen leztern, welche zuweilen mit Vorſaz gemacht worden, zuweilen aber nur einen Irrthum zum Grunde haben. Es kommt hierauf vieles an, weil im erſten Fall die Inſtitutionen, als ein neueres Recht, in leztern Fall aber die Pandecten, als das Original, vorzuziehen ſind [20]). Auſſerdem werden auch in den Inſtitutionen Verordnungen älterer römiſcher Kaiſer, als in den Codex befindlich angeführt, welche iedoch heutiges Tages in demſelben nicht anzutreffen ſind, z. B. § 7. *I. de teſtam. ordin.* §. 27. *I. de legatis* u. a.m. [21]) Manche neue Verordnung von Juſtinian findet man auch hier, die man in den übrigen Geſezbüchern dieſes Kaiſers nirgends weiter antrifft. Z. B. §. 7 — 9. *I. de fideicomm. hereditat.* und §. 10. *I. de teſtam. ordin.* Uebrigens verdient dieſes kleine Werk ſowohl wegen der darin herrſchenden Methode und Kürze, als wegen ſeines guten Styls unſere ganze Bewunderung; man findet auch darin eine vortrefliche Anleitung, die römiſche Rechtsgelahrtheit chronologiſch, d. i. nach den mancherley Abwechſelungen zu ſtudiren, die ſich in den einzelnen Rechtsmaterien zugetragen haben. Unter den Ausgaben derſelben verdienen folgende bemerkt zu werden.
I) Die Haloandriniſche. Nürnberg 1529. 8.
II) Die Cujacianiſche; und zwar die zwote verbeſ-

ſerte

20) S. Höpfner Commentar über die Inſtitutionen. §. 16.

21) Man vergleiche deshalb *Ioh. God.* SCHAUMBURG Commentar. de conſtitutionibus Imperatorum antiquis iis ſpeciatim, quae in Inſtitutionibus citantur, et in Codice repetitae praelect. omiſſae ſunt. *Lemgoviae* 1735. 4.

ſerte, Paris 1585. Joh. Bernh. Köhler hat ſie zu Göttingen 1773. 8. wieder auflegen laſſen. Auch iſt ſie in den Gebaueriſchen, und Plittiſchen Ausgaben des Corpus iuris civ. aufs neue abgedruckt. Endlich III) die Ausgabe des Contius, Paris 1560. Die beſten Commentare ſind 1) *Iani a* COSTA Commentarius curante *Ioanne van de* WATER nach der neueſten Ausgabe des *Io. Conr.* RÜCKER Lugd. Batav. 1744. 4. 2) *Everardi* OTTONIS Commentarius et notae criticae ad inſtitut. libros IV. Ultrajecti 1729. und cum praefat. *Chriſtoph. Frid.* HARPPRECHT. Francof. et Lipſiae 1743. 4. 3) *Arnold.* VINNII in IV. libros Inſtitution. Commentarius academicus et forenſis cum animadverſionibus Io. Gottl. Heineccii. Lugd. Batav. 1726, 4. Zu den ſeltnern gehören BALDUINUS *Pariſ.* 1554. fol. HOTOMANNUS *Baſil.* 1560. f. und *Franc.* BROEUS. *Paris* 1622. 4. Wir haben auch Ueberſetzungen von den Inſtitutionen des Juſtinians beynahe in allen europäiſchen Sprachen. Uns intereſſiren hier nur folgende. I) Die griechiſche Paraphraſe des Theophilus, ehemaligen Rechtslehrers zu Conſtantinopel. Es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß dieſer Theophilus eben derſelbe ſey, deſſen Juſtinian in den Proemium ſeiner Inſtitutionen mit ſo vielen Lobſprüchen gedacht hat [22]. Und

[22]) S. *Io. Henr.* MYLII Theophilus ſ. de graecarum iuris Inſtitutionum, earundemque auctoris hiſtoria, aetate, auctoritate, fatis, dotibus, naevis. lib. ſing. *Lipſiae* 1731. 4. Lugd. Batav. 1733. 8. und in der Reitziſchen Ausgabe des Theophilus T. II. S. 1033. Desgleichen *Ioh. Gottfr.* SAMMET coniecturae de Theophili vita et Ερμηνεια Inſtitutionum Lipſiae, 1750. und in *Opuſc.* N. VIII. S. 213. folgg.

eben ſo glaublich, daß dieſe Paraphraſe aus den Dictaten des Theophilus über die Inſtitutionen des Juſtinians erwachſen ſey [23]); wenigſtens kann man ſich nun erklären, woher die mancherley Unrichtigkeiten entſtanden ſind, die man in dieſer Paraphraſe hin und wieder findet. Dieſe abgerechnet, bleibt die Paraphraſe des Theophilus immer ein ſehr gutes Hülfsmittel zur Erläuterung des lateiniſchen Textes [24]). Die beſte Ausgabe iſt die, welche **Wilh. Otto Reitz** mit einer neuen lateiniſchen Ueberſetzung und den Anmerkungen, auch verſchiedenen Abhandlungen der eleganteſten Civiliſten und ſeinen eigenen zu Haag 1751. Tomis II. veranſtaltet hat. II) Teutſche Ueberſetzungen, beſonders folgende: des K. Juſtinians vier Bücher der Inſtitutionen nach dem angehängten Grundtext, überſetzt von zweien Freunden der Rechtsgelehrſamkeit. (Chriſt. Fried. Helwing, und Joh. Alb. Herm. Heldmann) Lemgow 1765. 8.

§. 52.

Von den Pandecten des K. Juſtinians.

Den zweiten Haupttheil des Röm. Rechtskörpers machen die **Pandecten** aus. Juſtinian ließ ſie von ſechzehen der gelehrteſten Männer des damahligen Zeitalters [25]) und unter der Direction des Tribonians, ſeines Hofkanzlers, aus den beſten Schriften der ältern Röm.

[23]) Sehr gründlich hat dieſes Wilh. Otto Reitz in der Vorrede zu ſeiner Ausgabe der Paraphraſe §. 46. S. 27. dargethan.

[24]) ECKHARD hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 294. u. folgg. auch WALCH ad Eundem.

[25]) In der Conſtitut. Iuſtiniani *de confirmatione Digeſtorum ad Senatum* §. 9. findet man ſie angeführt.

Röm. Rechtsgelehrten zuſammentragen. Sie enthalten demnach lauter Excerpte aus denenſelben, welche nach den Materien unter gewiſſe Bücher und Titel ſind gebracht worden. Dieſes Werk wurde im Monath December des Jahrs 533. bekanntgemacht, und durch zwey Edicte an den Senat und das Volk beſtättiget [26]). Der Nahme der Sammlung iſt bekanntlich *Digeſta* ſive *Pandectae*; Benennungen, welche ſchon längſt vor Juſtinians Zeiten die alten römiſchen Juriſten ihren Rechtsſyſtemen beylegten. *Digeſta* werden ſie von der Ordnung genennt, in welche die Geſetze gebracht ſind: *Pandectae* aber darum, weil ſie ein vollſtändiger Inbegrif, oder Sammlung alles deſſen ſeyn ſollen, was in den Schriften der alten römiſchen Juriſten brauchbares enthalten war, von παν (alles) und δέχομαι (enthalten, in ſich faſſen). Ueber die Zahl der Rechtsgelehrten, aus deren Schriften dieſes Werk compiliret worden, iſt man zwar nicht einig; allein es iſt wohl richtig, daß ihrer vierzig geweſen ſeyn. Ihre Nahmen, mit welchen die Ueberſchriften der einzelnen Legum in den Pandecten bezeichnet ſind, ſind folgende: Aelius Gallus, Cäcilius Africanus, P. Alfenus Varus, P. Furius Anthianus, Aurelius Arcadius Chariſius, T. Cajus, Calliſtratus, P. Juventius Celſus, Q. Cervidius Scävola, Claudius Saturninus, Florentinus, J. Gallus Aquila, Claudius Hermogenianus, Javolenus Priscus, Salvius Julianus, M. Antiſtius Labeo, Aemilius Macer, L. Voluſius Mäcianus, Ulpius Marcellus, Aemilius Marcianus, Junius Mauricianus, Rutilius Maximus, Arrius Menander, Herennius Modeſtinus, Q. Mucius Scävola, Neratius Priscus, Aemilius Papinianus, Papirius Juſtus, Julius Pau-

[26]) S. *Praefat* 2. und 3. *ad Digeſta*.

Paukus, S. Pomponius, Sempronius Proculus, Licinius Rufinus, Maſurius Sabinus, Taruntenus Paternus, Terentius Clemens, Q. Septimius Florens Tertullianus, Claudius Tryphoninus, Aburnus Valens, Q. Venulejus Saturninus, und Domitius Ulpianus. Man findet in der Florentiniſchen Handſchrift der Pandecten ein Verzeichnis dieſer Rechtsgelehrten und ihrer Schriften vorgeſezt, welches aber ſehr unvollſtändig und überdies auf eine Art abgefaßt iſt, die es ſehr unglaublich macht, daß es eben dasjenige ſey, was auf Befehl Juſtinians [27]) bey der Verfertigung der Pandecten vorgeſezt werden müſſen [28]). Vollſtändiger ſind die Verzeichniſſe in des Abraham Wiclings *Iurisprudentia reſtituta.* Uebrigens iſt das ganze Werk in ſieben Theile und funfzig Bücher, iedes Buch in ſeine Titel, und jeder Titel wieder in einzelne Abſchnitte, welche insgemein *Leges*, von andern aber *capita* oder *Fragmenta* genennt zu werden pflegen, abgetheilt. Die erſten vier Bücher der Pandecten, welche den erſten Theil derſelben ausmachen, werden vom Juſtinian Πρῶτα, der mittlere oder vierte Theil aber, welcher vom 20ten bis zum 27ten Buch gehet, *media totius operis*, μέσον τοῦ παντος, auch *umbilicus Pandectarum* genennt [29]). Die alten Gloſſatoren haben noch überdies die Pandecten in drey Theile, in das *digeſtum vetus*, *infortiatum* und *novum* eingetheilt. Das *digeſtum vetus* gehet

27) *L. 3. §. 10. C. de Vet. iure enucleando.*

28) *Io. Aug.* KETTEMBEIL Index Pandectorum florentinus barbariei e medio aevo ad nos tranſmiſſae ἀπόῤῥος. Francohuſ. 1755. 4.

29) Conſtitut. *de confirmat. Digeſtor. ad Senatum et omnes Populos.* §. 2. ſqq. und *L. 2. §. 5. L. 3. §. 4. C. de V. I. E.*

het bis auf den zweiten Titel des vier und zwanzigſten Buchs *de divortiis et repudiis*, das *infortiatum*, oder der mittlere Theil, erſtreckt ſich vom 3ten Titel des 24ten Buchs bis ans Ende des 38ten Buchs. *Novum* endlich gehet vom 1ten Titel des 39ten Buchs *de novi operis nunciatione* bis ans Ende der Pandecten. Ueber die Erklärung dieſer Benennungen iſt man nicht einig, anſtatt mich jedoch hierbey aufzuhalten, will ich die Worte eines Johann Coraſius hierher ſetzen, welcher an einem gewiſſen Ort ſeiner *Epiſtolicarum Quaeſtionum* [30]) ganz richtig ſagt: iſtiusmodi diſputationem cervicoſis relinquendam, nec in talibus infrugiferis quaeſtionibus vel tantillum operae ponendum eſſe. Um jedoch wieder auf die ſogenannten Leges unſerer Pandecten zu kommen, ſo finden ſich in denenſelben nicht ſelten merkliche Widerſprüche, wenn auch gleich Juſtinian dieſen Vorwurf durchaus nicht gelten laſſen will [31]). Man vergleiche nur *L.* 16. §. 3. und *L.* 22. §. 5. *D. de lib. cauſa* mit *L.* 17. *D. eodem* [32]). Ferner *L.* 15. *D. de teſtib.* mit *L.* 20. §. 5. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* [33]). Desgleichen *L.* 68. §. 3. *D. de legat.* 1. mit *L.* 65. § 2. *D. de legat.* 2. [34]) So wird man ſich hiervon genugſam überzeugen können. Die natür-

 liche

30) *Lib. I. cap.* 22.

31) Conſtitut. *de confirmat. Digeſtor.* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc Codice (Pandectarum) poſitum nullum ſibi locum vindicabit etc.

32) S. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. lib. ſing. Cap. V. §. 12.

33) Meine Opuſcula Faſc. I. S. 143.

34) PÜTTMANN Interpretat. et Obſervat. cap. XXI. Vergeblich hat ſich *Io. Conr.* RÜCKER Interpretat. Lib. II. c. 4. bemühet, dieſe Stellen mit einander zu conciliiren.

liche Urſache dieſer Antinomien iſt, weil die Pandecten aus den Schriften ſehr verſchiedener Rechtsgelehrten ſind compiliret worden, welche in ihren Grundſätzen und Rechtsmeinungen oft ſehr von einander abgiengen; die Verfaſſer der Pandecten aber ihre Excerpte aus zu groſer Eilfertigkeit nicht ſorgfältig genug mit einander verglichen haben. Solche wahre Widerſprüche, da einerley Rechtsfall unter einerley Umſtänden von gleichzeitigen Rechtsgelehrten auf eine ganz verſchiedene Art iſt entſchieden worden, concilliren zu wollen, würde eine ganz vergebliche Mühe ſeyn. Wie ſollen wir uns alſo dabey verhalten? — Man befolge diejenige Meinung, welche mit der Rechtsanalogie und Billigkeit am meiſten übereinſtimmt, und, wo dieſes nicht auszumachen ſtehet, nehme man ſeine Zuflucht zur höchſten Entſcheidung des Landesherrn[35]). Man ſey jedoch hierbey behutſam und verwechſele nie ſcheinbare mit wahren Widerſprüchen. Bey vorkommenden Antinomien unterſuche man daher vor allen Dingen, ob auch die Leſeart richtig ſey; denn zuweilen rührt ein Widerſpruch in den Geſetzen unſerer Pandecten blos von einer fehlerhaften Leſeart her. Ein Beiſpiel giebt *L.* 34. §. 4. *D. de iureiur.* welche zwar dem *L.* 8. §. 5. *D. qui ſatisd. cog.* und *L.* 7. §. 3. *D. de obſequ. parent. et patron. praeſt.* entgegen iſt, allein nur darum, weil die meiſten Ausgaben der Pandecten eine falſche Leſeart enthalten, denn ließt man mit Haloander und den Baſiliken: *hoc iusiurandum de calumnia* AEQUE *patrono* ET *parentibus remittitur*, ſo verſchwindet aller Widerſpruch[36]). Iſt aber der Text an ſich richtig, ſo zer-

[35]) HOFACKER Princip. *Tom. I.* §. *42. in fine.* S. 33.

[36]) ECKHARD Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. VII. §. 283. und WALCH ad Eundem.

zergliedere man ferner die in denen ſich entgegen zu ſeyn ſcheinenden Geſetzen enthaltene Fälle, und unterſuche alſo den Inhalt dieſer Geſetze. Denn oft wird man finden, daß es wahr ſey, was Juſtinian in Praefat. II. ſeiner Pandecten §. 15. ſagt, nehmlich, daß der anſcheinende Widerſpruch verſchwinden werde, *ſi quis ſubtili animo diverſitatis rationes excutiet.* Zum Beiſpiel können die *L.* 41. *D. de pignerat. action.* und *L.* 22. *D. de pignorib. et hyp.* [37]) ferner *L. ult. D. de condict. cauſ. data cauſ. non. ſec.* und *L.* 5. §. 1. *D. de praeſcript. verb.* [38]) dienen, deren Widerſpruch auf ſolche Art gar leicht gehoben werden kann, wie ich zu ſeiner Zeit darthun werde. Sollte ſich nun gleichwohl finden, daß einerley Rechtsfall in beiden vorliegenden Geſetzen enthalten wäre, ſo unterſuche man das Zeitalter der diſſentirenden Juriſten, und halte ſich an die Regel: *ius tempore poſterius potius eſt iuri anteriori.* Denn mit Recht haben Heineccius [39]), Brenkmann [40]), und andere ſchon angemerkt, daß ſich unter Rechtsgelehrten von verſchiedenen Zeitaltern kein wahrer Widerſpruch gedenken laſſe. Ein treffendes Beiſpiel geben uns die *L.* 17. *D. de duob. reis. L.* 54. §. *ult.* und *L.* 124. *D. de legat.* 1. woſelbſt die Meinung des Paulus in *L.* 17. als eines ſpätern Rechtsgelehrten der Meinung der andern beiden ältern

[37]) S. SAMMET Quaeſtiones forenſes. *Quaeſt.3.* in Opuſc. S. 254. und folgg.

[38]) *Io. van* NECK in Diſſ. ad hanc. L.ult. cap. 2. in OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. Belgicar.* Tom. II. Vol. 2. S. 394.

[39]) Commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 5. S. 401.

[40]) de Legum inſcriptionibus. §. 22.

ältern Juriſten, des Neratius und Pomponius allerdings vorgezogen werden muß [41]). Hieraus aber erhellet auch zugleich, wie nothwendig es ſey, die Chronologie der römiſchen Rechtsgelehrten zu ſtudieren [42]).

Von den Geſetzen der Pandecten muß ich hier noch ferner anmerken, daß einige derſelben urſprünglich in griechiſcher Sprache abgefaßt geweſen, welche jedoch in denen gemeinen Ausgaben der Pandecten ins lateiniſche überſezt, gröſtentheils mit Hinweglaſſung des griechiſchen Textes, angetroffen werden. Hierher gehören z. B. die aus des HERENNII MODESTINI *libris ſex Excuſationum* excerpirte Stellen. Man iſt nicht einig, wer der lateiniſche Interpres ſey; indem einige den BULGARUS, andere einen gewiſſen Piſaniſchen Rechtsgelehrten mit Nahmen BURGUNDIO, oder, wie ihn andere nennen, BURGUNDIUS, noch andere den GANDINUS oder BANDINUS, auch einen Piſaner, dafür halten wollen. Es mag jedoch derſelbe ſeyn, wer er will, ſo iſt ſoviel gewiß, daß ſeine Ueberſetzung zum Theil ſehr ſchlecht gerathen, und oft den wahren Sinn des römiſchen Juriſten nicht ausdrückt, wie ein neuerer berühm-

41) S. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. II. c. 3. pag. 25. ſqq.

42) Auſſer des ſchon oben angeführten MERCERII Conciliator führe ich hier nur noch an *Ioſ. Mar.* SCHNEIDT Diſſert. ſiſtens artem conciliandi leges in ſyſtema redactam. *Wirceb.* 1776. Die übrige hierher gehörige Schriften findet man in LIPENIUS und *Supplement.* SCHOTTII v. Antinomia. Ich bemerke übrigens noch dieſes, daß ſich Dionyſ. Gothofredus in ſeinen Ausgaben der Pandecten ein vorzüglichs Verdienſt gemacht, die widerſprechenden Geſetze an jedem Orte anzuführen.

berühmter Piſaniſcher Juriſt mit vielen Beiſpielen erwieſen hat [43]).

Endlich findet man heutiges Tages auch verſchiedene Geſetze in unſern Pandecten, welche in den Handſchriften der Gloſſatoren gefehlet, und erſt in neuern Zeiten von Jacob **Cujacius**, und Anton **Contius** aus denen Baſiliken des Kaiſers Leo wieder hergeſtellet worden ſind. Hierher gehören z. B. aus dem Titel *de bonis damnatorum* §. 5. ja ſchon einige der lezten Worte von §. 4. des *L.* 7. ferner *L.* 8. bis 11. eben dieſes Titels; desgleichen aus dem Titel *de interdictis et relegatis L.* 10 - 19. **Dionyſius Gothofredus** hat dieſe Leges reſtitutas durch Curſiv Schrift zu unterſcheiden geſucht, ſie haben auch keine vollſtändige Inſcription, ſondern nur den Nahmen des Rechtsgelehrten. Sie gelten aber nicht in Praxi, weil ſie nicht gloſſirt ſind.

Ich komme nun auf die Ausgaben der Pandecten. Dieſe theilt man gewöhnlich ein in die **Florentiniſche, Haloandriniſche** und **Gemeine.** Die Florentiniſche nennt man diejenige Ausgabe, welche von der vortreflichen Handſchrift der Pandecten, die zu den Zeiten der alten Gloſſatoren in den Händen der Piſaner war, jezt aber zu Florenz als eine Seltenheit aufbewahret wird [44]), abgedruckt, und durch **Franz Taurellius** zu Florenz im Jahr 1553. in Folio iſt ediret

[43]) *Leop. Andr.* GUADAGNI de Florentino codice, omnium quae extant Pandectarum exemplorum parente diſquiſitio, *ex edit.* WALCHII Ienae 1755. 8. cap. XIX.

[44]) Von der Florentiniſchen Handſchrift der Pandecten ſehe man ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. c. 2. §. 68. und folgenden auch WALCH ad Eundem.

ediret worden. Die Haloandriniſche Ausgabe hat ihren Nahmen von Gregorius Haloander, der die Pandecten auf Koſten des Nürnberger Stadtmagiſtrats im Jahr 1529. zu Nürnberg in Quart herausgegeben hat. Sie wird deßhalb auch editio *Norica* genennt. Unter der *vulgata* endlich begreift man alle diejenigen Ausgaben der Pandecten, welche theils von ſolchen Handſchriften ſind abgedruckt worden, deren ſich die alten Gloſſatoren bedient haben, theils eine Leſeart enthalten, worin die meiſten Handſchriften und Ausgaben der Pandecten mit einander übereinſtimmen [45]). Daß jedoch dieſe Eintheilung ſehr unrichtig ſey, indem es weit mehrere, auch gemiſchte Ausgaben giebt, die aus der Vergleichung der florentiniſchen, haloandriniſchen und gemeinen Leſeart entſtanden ſind, wie z. B. die Ausgabe des *Ludovici* MIRAEI Paris 1552. und 1553., haben auch ſchon Andere bemerkt [46]). Die vorzüglichſten Ausgaben habe ich bereits oben angeführt (S. 237. Note 17.). Da die Gothofrediſchen Ausgaben vom Corpore iuris civilis die gewöhnlichſten ſind, die auch am öfterſten in- und auſſerhalb Teutſchland in allen Formaten, Folio, Quart und Octav ſind nachgedruckt worden, mithin in den Händen der meiſten Rechtsgelehrten ſich befinden, ſo iſt es nöthig, von dieſen Ausgaben der Pandecten verſchiedenes zu bemerken. Der Text iſt ziemlich fehlerhaft abgedruckt. Hauptſächlich richtete ſich zwar Gothofredus nach den florentiniſchen Text, allein unläugbar iſt es, daß er denſelben nicht rein geliefert, ſondern bald der Vulgate, bald der Haloandriniſchen Lection gefolgt ſey. Der unver-

45) D. Meurers iuriſtiſche Beobachtungen. 1. Sammlung N. VII. S. 191. und folg. *Io. Conr.* RÜCKER in Praefat. EIUS *Interpretat et Obſervat. praemiſſa* pag. 3.

46) S. BRUNQUELL Hiſtor. Iuris. P. II. cap. V.

verzeihlichſte Fehler des Gothofreds iſt jedoch dieſer, daß er das, was Taurell und die folgenden Editoren mit verſchiedenen Zeichen bemerkt haben, meiſt ohne allen Unterſchied in Haken eingeſchloſſen hat; ſo daß man aus ſeinen Ausgaben nicht ſehen kann, warum etwas auf eine gewiſſe Weiſe bezeichnet worden, ſondern deswegen immer die Taurelliſche Ausgabe zu Hülfe nehmen muß [47]. Man darf daher nicht glauben, daß irgend ein Wort deswegen verdächtig ſey, weil es in einer Gothofrediſchen Ausgabe in Haken oder halbe Zirkel eingeſchloſſen angetroffen wird. Die beſte und auch wohl dem Drucke nach die ſchönſte und prächtigſte Ausgabe unter den Gothofrediſchen iſt ohnſtreitig diejenige, welche Simon

van

47) Es iſt der Mühe werth, hier etwas weniges von den Zeichen des Taurells und der übrigen Editoren, deren ſie ſich in ihren Ausgaben der Pandecten bedienet haben, zu bemerken. Taurell hat deren fünf. Das erſte ⁂ bedeutet, daß die damit bezeichneten Worte nicht im Text der Florentiniſchen Handſchrift geſtanden, ſondern demſelben hernach durch einen alten Abſchreiber beygefüget worden. Das andere ► gebraucht Taurell, wenn ihm etwas überflüſſig im Text zu ſeyn geſchienen; das dritte ( ) zeigt an, daß etwas in der Florentiniſchen Handſchrift nicht ſtehe, ſondern vom Taurell, um einen vollkommenen Verſtand herauszubringen, inſeriret worden; das vierte *) deutet Worte und Stellen an, die ihm verdächtig oder von der römiſchen Schreibart abzuweichen gedeucht haben; das fünfte endlich † drückt zwey verſchiedene Leſearten aus, davon Taurell die erſtere in den Text gebracht, die andere aber mit jenen Zeichen am Rande angemerkt hat. In der Präfation ſeiner Ausgabe hat Taurell alle dieſe Charactere ſelbſt erklärt. Ruſſard bedient ſich noch eines andern Zeichens, || ||, und will damit andeuten, daß dasjenige, was er mit denſelben eingeſchloſſen, in der florentiniſchen Handſchrift ſo

wenig,

van Leeuwen 1663. zu Amſterdam veranſtaltet hat. Sie enthält den Gothofrediſchen Text, nur hin und wieder verbeſſert, daß aber die Pandecten ganz nach der florentiniſchen Handſchrift hier wären geliefert worden, wie der Herausgeber verſprochen, iſt eine Unwahrheit. Mit Verwechſelung der Zeichen ſind auch in dieſer Ausgabe eben die Fehler begangen worden, die wir oben an Gothofred gerügt haben. Simon van Leeuwen liefert auſſer den Gothofrediſchen Anmerkungen noch viele andere von Auguſtin, Govean, Faronius, Bellonius, Contius, Rávard, Robert, Alciat, Hotmann, Charondas, Cujaz, Leoninus, Salmaſius und Grotius.

wenig, als in andern Exemplaren der Pandecten zu befinden ſey. Ob ihn nun gleich *Ludov.* CHARONDAS und *Iul.* PACIUS hierin blindlings gefolgt ſind, ſo haben doch Bynkershök *ad L. lecta c. 11.* und Brenkmann *Hiſtor. Pandectar.* S. 92. erinnert, daß jene Angabe des Ruſſards eine aller Welt vor Augen liegende Unwahrheit ſey, indem vieles, was Ruſſard mit ſeiner Note || || befangen, ſowohl in der Florentina als Haloandrina befindlich iſt, wie einem Jeden, der dieſe Ausgaben mit einander zu vergleichen ſich die Mühe geben will, in die Augen fallen wird. Dionyſius Gothofredus bedient ſich nicht nur des Ruſſardiniſchen Zeichens, ſondern auch noch anderer, als ( ) [ ] * † ohne daß man aus ſeinen Ausgaben ſehen kann, warum er etwas auf ſolche Art marquiret hat, wodurch viele Verwirrung im Text iſt angerichtet worden. Man ſehe vorzüglich die gelehrte Abhandlung Chriſt. Ulr. Grupens: wie die Pandecten von den verworrenen notis characteriſticis Editorum, und inſonderheit von der mendaciſſima nota RUSSARDI und *Dionyſ.* GOTHOFREDI || || zu ſäubern, und zum Theil zu rectificiren. in Deſſelben *Obſervat. Rer. et Antiquitat. Germ. et Rom.* Obſ. XV.

tius. Dieſen fügte er auch noch ſeine eigene Bemerkungen hier und da bey, welche jedoch meiſt abgeſchmackt und, wie Henr. Brenkmann [48]) richtig von denſelben geurtheilt, einer ſo ſchönen Ausgabe ganz unwürdig ſind. Uebrigens iſt dieſe Leeuwenſche Ausgabe zwar richtiger als die übrigen Gothofrediſchen, hat aber doch auch manche grobe Druckfehler [49]).

Soviel hiernächſt die Commentare über die Pandecten des Juſtinians anbetrift, ſo haben wir auſſer den Brunnemann (*Commentar. ad Pandectas Frfti* 1674. Fol. und *Colon.* 1752. F.) welcher aber eben nicht viel bedeutet, faſt keinen, der vollſtändig iſt, und über alle 50. Bücher der Pandecten ſich erſtreckt; wenn man nicht etwa den MORNACIUS in *Obſervat. ad XXIV. libros priores*, und deſſelben *Synopſin ad XXVI. libros poſteriores* hierher rechnen will. Die übrigen vorhandenen Commentare gehen immer nur über etliche Bücher, wir wollen folgende als die vorzüglichſten anführen. 1) *Anton.* FABRI Rationalia in Pandectas Tomi V. *Lugduni* 1663. F. erſtreckt ſich nur auf die erſtern neunzehn Bücher, gehet jedoch auf alle einzelne Geſetze, und führt bey Erklärung eines jeden rationes dubitandi et decidendi an. Ein Fehler iſt es jedoch, daß Faber überall den Text verdächtig machen und überall Gloßeme und Tribonianismen finden will. 2) *Ger.* NOODTII Commentar. ad Digeſta, gehet nicht nach der Ordnung der Geſetze, und erſtreckt ſich nur über die erſtern 27. Bücher der Pandecten.

48) Hiſt. Pandect. Lib. III. c. 5. p. 298.

49) S. Jo. Conr. Rücker über einige Ausgaben des Corporis iuris civ. in des H. Prof. Siebenkees neuen juriſt. Magazin 1. Band Anſpach 1784. N. VI. S. 194 - 201.

decten. Er hat ſich vorzüglich bemühet, die Worte der Edicte zu reſtituiren, und erklärt ſie vortreflich. 3) die erſtern vier Bücher erläutert BARO *in Operib.* und über die erſtern beyden hat BALDUIN Notas geſchrieben, welche in *T. I. Iurisprud. Rom. et Atticae* S. 774-843. anzutreffen. Einzelne Titel der Pandecten haben mehrere erläutert, welche hier anzuführen, zu weitläuftig iſt. Mehrere Rechtsgelehrten haben die Fragmente einzelner röm. Juriſten aus den Pandecten geſammlet und ſelbige erläutert, von denen ich folgende bemerken muß. 1) CUJACIUS ad *Africani* quaeſtiones, ad *Papinianum*, ad *Pauli* Quaeſtiones, *Modeſtini* libr. Differentiar. *Iuliani* Digeſta, libros 6. ex Minicio, et 4. ad Urſeium Ferocem, *Pauli*, *Neratii*, *Marcelli*, *Ulpiani*, *Modeſtini*, *Scaevolae* rèſponſa. 2) *Gregorii* MAIANSII Commentarii ad triginta ICtorum fragmenta *Genev.* 1764. 4. 3) *Franc.* BALDUINI Commentar. de Iurisprudentia Muciana *Baſiliae* 1558. 8. und in *T. I. Iurisprud. Rom. et Atticae* S. 434. folgg. 4) *Ant. Dadin.* ALTESERRAE Recitationes ad Tryphoninum *Toloſae* 1679. und 1684. 4. 5) MERILLIUS ad Pauli Manual. *in Operib.* Derſelbe ad Calliſtrati quaeſtion. *in Theſauro Otton. Tom. III.* 6) LECTIUS ad Macrum de publicis iudiciis et Modeſtinum de poenis. Ebendaſelbſt. Tom. I. 7) *Ant.* AUGUSTINUS ad Modeſtinum de excuſationibus, mit deſſelben *Emendationibus Baſiliae* 1544. F. und im *Theſ. Otton.* T. 4. 8) RETES ad Cervidii Scaevolae Quaeſtiones in *Theſ. Meermann.* T. 6. 9) *Ioſ.* FINESTRES *et* DE MONSALVO in Hermogeniani ICti iuris Epitomarum libros VI. Commentarius. Tom. II. *Cervariae Lacetanor.* 1757. 4. 10) *Henr. Theod.*

Theod. PAGENSTECHER in S. Pomponii ad Sabinum de re teſtamentaria et de bonor. poſſeſſionibus libros VI. Commentarius. Lemgoviae 1750. 4. Ebendeſſelben Ius Pegaſianum *Ibidem.* 1741. 4. 11) *Henr.* BRENCMANN in Herennii Modeſtini librum ſingularem περὶ εὑρηματικῶν Commentarius *Lugduni Batavor.* 1706. 8. 12) *Io. Flor.* RIVINI Exerc. ad Modeſtini caſus enucleatos *Lipſiae* 1727. 4. 13) *Franc. Car.* CONRADI ad Paulum de iure ſingulari *Lipſiae* 1728. 4. 14) GRONOVIUS ad Marciani libr. regular. (in FELLENBERG *Iurisprud. antiqua* Tom. 2.) 15) *van* NISPEN ad Fragmenta, quae in Digeſtis ex Modeſtini IX. libris Differentiarum ſuperſunt in *Ger.* OELRICH *Theſ. Diſſert. Bellgicar.* Vol. 1. T. 1. N. 1. 16) *Herm.* OOSTERDYK Diſp. ad Fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de officio Proconſulis ſuperſunt. Traj. ad Rhen. 1755. in OELRICH *Theſ. novo Diſſ. Belgicar.* Vol. I. T. II. N. VII. 17) *Anſ. Frid.* PISTORII Diſſ. ad Fragmenta, quae ex Alfeni Var. libris XL. Digeſtorum ſuperſunt; praeſ. *Car. Chriſtph.* Hofacker defenſa *Tubingae* 1775.

Wir haben auch etwas von teutſchen Ueberſetzungen der Pandecten. Hierher gehört:

I) Verſuch eines Auszugs der römiſchen Geſetze in einer freyen Ueberſetzung zum Behuf der Abfaſſung eines Volkscodex. Breslau 1783. bis 87. 8. (vom Hofr. Fenderlin in Schweidnitz) geht von erſten bis zum 50. Buch.

II) Sammlung der römiſchen Geſetze auf Befehl K. Juſtinians verfertiget, ins teutſche

ſche mit erläuternden Anmerkungen überſezt. 1 Theil Pandecten. Frankfurt u. Leipzig 1785. 8. enthält blos den 14. Tit. des 2. Buchs *de pactis*. Endlich zum critiſchen Gebrauch dienen

1) *Sieg. Reich.* IAUCHII meditationes criticae de negationibus Pandectis Florentinis partim recte vel male iam adiectis aut detractis, partim etiamnum adiiciendis aut tollendis aut transferendis. *Amſteldami* 1728. 8.

2) *Io. Gottl.* SAMMET receptarum lectionum ad Iauchium liber ſingularis *Lipſiae* 1750.

3) *Iac.* LABITTI Index Pandectarum Paris 1537. und cum praefat. *Nic. Hieron.* GUNDLINGII *Frfti et Lipſiae* 1724. 8.

4) *Abr.* WIELINGII iurisprudentia reſtituta, ſiue Index chronologicus in totum Iuris Iuſtinianei corpus *Amſtelaedami*. 1727. 8. enthält ein Verzeichnis von den ſämmtlichen aus eines jeden römiſchen Rechtsgelehrten Schriften hergenommenen, in den Pandecten aber hin und wieder zerſtreueten Stellen.

5) *Henr.* BRENCMANNI Pandectae iuris civilis auctoribus ſuis et libris reſtitutae Amſtelaedami 1769. enthält nur die Fragmente des Alfenus Varus. Vollſtändiger iſt

6) *C. F.* HOMMELII Palingeneſia librorum iuris veterum ſ. Pandectarum loca integra ad modum Wielingii oculis expoſita. Lipſiae 1767. et 1768. Tomi III.

§. 53.

§. 53.

Vom Codex repetitae praelectionis.

Auf die Pandecten folgt der *codex repetitae praelectionis* des K. Juſtinians. Dieſer Juſtinianeiſche Codex (Aut. §. 68.) iſt nur eine neue verbeſſerte und vermehrte Ausgabe eines vorhergegangenen, aber nicht auf unſere Zeiten gekommenen, ältern Codex, wie auch ſchon der Titel zu erkennen giebt. Denn die Alten, deren Beiſpiel Juſtinian hier gefolgt iſt, pflegten die zwoten und verbeſſerten Ausgaben ihrer Schriften *libros repetitae praelectionis* zu nennen. Dieſer neue Codex enthält nicht nur die Verordnungen der römiſchen Kaiſer vor Juſtinian von Hadrian an, welche aus dem Gregorianiſchen, Hermogenianiſchen und Theodoſianiſchen Codex, wie auch aus denen nachher noch promulgirten Novellen ſind excerpiret worden, ſondern auch des Kr. Juſtinians eigene Verordnungen, unter welchen die ſo genannten funfzig Deciſionen dieſes Kaiſers die merkwürdigſten ſind. Man verſtehet unter den leztern diejenigen Verordnungen des K. Juſtinians, wodurch gewiſſe unter den alten römiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig geweſene Rechtsfragen ſind entſchieden worden [50]). Abraham Wieling [51]) hat ſie mit Verbindung derer, welche ihres verſchiedenen Inhalts wegen von den Verfaſſern des Codex ſind getrennt und unter verſchiedene Titel gebracht worden, chronologiſch aufgezählt. Es wurde dieſer neue Codex im Jahr 534. bekannt gemacht,

[50]) Es gab nehmlich, wie bekannt, unter den alten röm. Juriſten verſchiedene Secten, unter denen die Sabinianer und Proculianer die berühmteſten waren. S. *Gotfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civ. *Lipſiae* 1728. 8.

[51]) Iurisprud. Reſtituta. S. 144-146.

macht, iſt alſo jünger als die Inſtitutionen und Pandecten, und derogirt beyden [52]). Er iſt in zwölf Bücher eingetheilt, wovon jedes wieder gewiſſe Titel hat. Jeder Titel hat ſeine Aufſchrift, die allemahl eine gewiſſe Rechtsmaterie anzeigt, unter welcher alsdenn die zu derſelben gehörigen Kaiſerlichen Verordnungen, welche *Leges Codicis* genennt werden, chronologiſch geordnet ſind. Dieſe Leges Codicis enthalten jedoch die Verordnungen der röm. Kaiſer nie ganz, ſondern nur Auszüge aus denenſelben, die oft ſehr dunkel und verſtümmelt ſind, daher uns bey Erklärung derſelben die Fragmente der oben gedachten ältern Codicum trefliche Dienſte leiſten [53]). Sie haben ferner meiſt eine Inſcription und Subſcription. Leztere zeigt das Datum oder Ort und Zeit der Promulgation an, erſtere aber den Nahmen des Kaiſers oder derjenigen Kaiſer, von denen die Verordnung iſt bekannt gemacht worden, auch diejenige Perſohn, an welche die Conſtitution gerichtet iſt, welche bey den Edicten und Deciſionen eine Magiſtratsperſohn, bey Decreten und Reſcripten aber nur eine Privatperſohn iſt. Beyde, die In- und Subſcription haben zur Erklärung und Beſtimmung der Chronologie groſen Nutzen [54]). Von den ächten Legibus Codicis müſſen unterſchieden werden,

I) die *leges reſtitutae Codicis*. Nicht wenig Conſtitutionen waren nehmlich theils durch die Nachläſſigkeit und

[52]) Höpfner im Commentar. §. 16.

[53]) *B. H.* REINOLDI Exerc. de neceſſitate adeundi ad fontes, ſi quis in lectione Codicis repetitae praelectionis feliciter verſari velit. *in Opuſc.* S. 611.

[54]) REINOLDI Orat. de Inſcriptionibus Legum Digeſtor. et Codicis cum notis *Abr.* WIELINGI §. XIII. in *Opuſc.* S. 580.

und Unwiſſenheit der Abſchreiber, welche kein Griechiſch verſtanden, theils durch Verwüſtung der Zeit verlohren gegangen, welche in neuern Zeiten verſchiedene Gelehrte, Auguſtinus, Cujacius, Charondas und Contius, zum Theil aus den Baſiliken, Photii Nomocanon, und anderen Ueberbleibſeln des römiſch-griechiſchen Rechts wiederhergeſtellet und dem Codex einverleibt haben. Dahin gehören z. B. *L.* 36. 39. und 40. *de Epiſc. et Cleric. L.* 24. *C. mandati. L. fin. C. de ſponſal. L.* 2. *C. de privato carcere. L.* 4. *de in ius voc. L. penult. de aedific. privat.* Dieſe haben in den Gerichten keine Auctorität, weil ſie nicht gloſſirt ſind [55]. Man erkennt ſie daran, daß ſie gröſtentheils keine Inſcription und Subſcription haben.

II) die ſo genannten *Avthenticae* (Autor §. 72.) worunter man kurze Auszüge aus den Novellen des K. Juſtinians ſowohl, als auch gewiſſen Verordnungen der Kaiſer Friedrichs des erſten und zweyten verſtehet, wodurch verſchiedene Geſetze des Codex ſind theils abgeändert theils vermehret worden, und welche dieſen Geſetzen am gehörigen Orte beygefüget worden ſind. Man theilt ſie daher in die Juſtinianeiſchen und Friedericianiſchen ein. Ihre Verfaſſer ſind die Bononienſiſchen Rechtsgelehrten, und ſo wie von denenſelben die Friedericianiſchen Avthentiken auf Befehl K. Friedrichs des zweiten dem Codex ſind inſerirt worden [56], ſo hat ſchon vorher Irnerius, ein Rechts-

[55]) LAUTERBACH in Prolegom. Collegii th. pr. Pandectar. §. IV. n. 7. RICHTER Deciſion. P. I. Decis. 37. n. 48. *Alb.* GENTILIS de libris iur. civ. cap. 5. *Io. Frid.* KLETT de iuris Iuſtinianei placitis, quae vim legis non habent. *Erlangae* 1748. §. 13. ECKHARD Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. VII. §. 282. not. *. S. 517.

[56]) ODOFREDUS in *Avth. Caſſa C. de SS. Eccl.*

gelehrter des zwölften Jahrhunderts, die Juſtinianeiſchen aus der alten lateiniſchen Novellen-Sammlung (Corpore Avthenticarum) excerpirt, und dem Juſtinianeiſchen Codex in der Abſicht beygetragen, um daraus zu erſehen, in wieweit das ius Codicis durch die Novellen des K. Juſtinians ſey abgeändert worden [57]). Sie ſind

[57]) Der gelehrte Camaldulenſer Abt *Maurus* SARTIUS hat dieſes in dem ſplendiden Werk de claris Archigymnaſii Bononienſis Profeſſoribus a Saeculo XI. usque ad Saec. XIV. *Bononiae* 1769. f. vita IRNERII §. VIII. und folgg. gegen Strauch und Bynkershök aus unwiederleglichen Gründen dargethan. S. *Car. Frid.* ZEPERNICK *Biga libellorum Avthenticas Codicis rep. prael. earumque hiſtoriam illuſtrantium.* Halae 1788. 8. N. II. S. 114. und folgg. Daß ſchon vor Irnerius dergleichen Avthendiken beym Codex befindlich geweſen, und Gregor der Groſe, welcher nicht lange nach Juſtinian gelebt, ſolche in ſeinen Briefen angeführt, iſt unerweislich, und der vorhin gedachte Maurus Sarti a. a. O. §. XII. hat gezeigt, daß die Stelle in Gratians Decret *c. 38. C. XI. qu. 1.* verfälſcht ſey, und daß die älteſten Handſchriften von Gregors Briefen in der angeführten Stelle des Codex keine Erwähnung thun, ſondern ſtatt der Worte: ſciendum eſt, quod ſuperius in eadem conſtitutione lib. Cod. I. legitur etc. vielmehr leſen: *quia ſuperius in eadem conſtitutione LI. cap.* (i. e. quinquageſimo primo capitulo ſive *paragrapho*, wie es HUGUCCIO *Piſanus* in ſeiner *Summa Decretorum* ad ea verba erklärt) und wird alſo unter der von Gregor angezogenen Conſtitution keine andere als *Nov. CXXIII.* und deren 51te §. nach der Abtheilung der damahligen Handſchriften verſtanden. Die alten Gloſſatoren, Azo, Odofredus und Accurſius ſchreiben alle dem Irnerius die im Codex heutiges Tages befindlichen Avthendiken zu. Lezterer hat ſich beſonders in ſeiner Gloſſe *ad Avth. ſed novo iure C. de Serv. Fugit.* ſehr deutlich ausgedrückt, wenn er

ſind mit Curſiv-Schrift gedruckt, und zeigen in der Ueberſchrift den Nahmen Friedrich, oder die Novelle an, woraus ſie extrahiret worden. Ihre heutige Gültigkeit haben ſie durch die Reception erhalten, und werden in Praxi ſogar den Novellen ſelbſt vorgezogen [58]).

Wir wollen nun noch zum Beſchluß von den vorzüglichſten Ausgaben und Commentarien des Codex handeln. Unter den Ausgaben verdient zuerſt diejenige gerühmt zu werden, welche **Anton Contius** zu Paris 1562. in Folio veranſtaltet hat. Er hat nicht

er ſagt: Haec verba non ſunt in corpore Avthenticarum (i. e. *Novellarum*) ſed ſunt verba IRNERII, *qui extraxit omnes Avthenticas ſignatas ſuper leges Codicis.* Odofredus ad Avth. *Sed novo iure* Cod. *ſi certum petatur* rühmt an dieſen Avthendiken des Irnerius vorzüglich ihre Kürze und Deutlichkeit, und tadelt die Weitſchweifigkeit des Azo und Hugolinus, welche nach dem Irnerius neue dergleichen Auszüge aus den Novellen verfertiget haben; man ſehe den Odofred ad Avth. *niſi rogati C. ad SCtum Trebell.* Da nun die in unſerm Codex befindlichen Avthendiken das Gepräge der Kürze haben, ſo macht dieſes die Sache noch gewiſſer, daß Irnerius deren Verfaſſer ſey.

58) S. STRAUCH Irnerius non errans Cap. II. Th. 7. BERLICH P. II. Deciſ. 257. n. 44. SILBERRAD ad *Heineccii* hiſtor. iuris civ. Lib. I. Cap. VI. §. 419. S. 610. *Io. Iac.* SCHERZ Diſſ. de Avthenticarum auctoribus et auctoritate *Argent.* 1733. Cap. II. in *C. F.* ZEPERNICK angeführter *Biga libellorum* S. 31. u. folgg. und Herr Dir. Zepernick ſelbſt in der vortreflichen Abhandlung: Quibus ex cauſis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant Coniecturae, hinter BECK *de Novellis Leonis* S. 541. Einer andern Meinung ſind BRUNQUELL Hiſt. iuris. P. II. Cap. X. §. 14. RITTERSHUS Expoſ. Novellar. p. 33. Prof. Weber Theorie vom heutigen Gebrauch des römiſchen Rechts S. 45. u. a. m.

nur aus 26. Handſchriften, welche er durch den Cujacius und Merillius aus Franzöſiſchen Bibliotheken erhalten hatte, den Text verbeſſert, ſondern denſelben auch mit 150. griechiſchen Conſtitutionen vermehrt. Dieſe Ausgabe iſt hernach noch verbeſſerter in dem Contiuſſiſchen Corpore iuris civ., welches zu Lyon 1581. in 12. herauskam, aufgelegt worden. Noch beſſer und vollſtändiger iſt jedoch die Ausgabe des L. Charondas, Antwerpen 1575. Fol Er hat ſich nicht nur hierbey der vortreflichen Handſchriften des *Stephani* AUREDANI bedient, ſondern den Text auch mit vielen in der vorhergehenden Ausgabe fehlenden griechiſchen und lateiniſchen Conſtitutionen vermehrt [59]).

Die Commentarien betreffend, ſo haben wir auſſer den Joh. Brunnemann (*Commentar. ad Codicem Lipſiae* 1708. und am neueſten *Genevae* 1771. F.) keinen, welcher über alle einzelne Geſetze der zwölf Bücher des Codex commentiret hätte. Denn des *Ant.* PEREZ Praelectiones in duodecim libros Codicis Iuſtinianei am neueſten *Venetiis* 1738. gehören nicht hierher; ich rede auch hier nicht von den Gloſſatoren. Ueber einzelne Bücher haben commentirt auſſer Sichard, Frankfurt 1686. F. und Donell, vorzüglich Cujacius über die erſten neun Bücher; Giphanius in Expoſit. ad VIII. libror. leges celebr. et difficiliores. *Colon.* 1614. MORNACIUS Obſervat. ad IV. libros (*in Operib.*) über die drey leztern Bücher ALCIATUS, vorzüglich aber *Franc. de* AMAYA in tres poſteriores libros Codicis Imp. Iuſtiniani Commentarii *Lugduni* 1639. Fol. Tomi III. Ueber Verordnungen einzelner

59) *I. R.* REINOLD in Opuſc. iuridicis S. 410. §. XI. ſagt daher mit Recht: *Inter editiones Codicis, illius, quam* Charondas *curavit, prima ratio eſto.*

zelner Kaiſer im Codex haben geſchrieben *Renat.* BOTTEREAU in Hadriano Legislatore. *Pictavii* 1661. (HOFFMANN *Hiſt. iuris* T. II. S. 129-207. *Io. Ortwin.* WESTENBERG in Divo Marco ſ. Diſſertat. ad Conſtitutiones M. Aurelii Antonini Imp. (*in Operib. a* IUNGIO *editis Hanov. et Bremae* 1758. 4. Tom. III.) *Alex.* CHASSANEUS in Conſtitut. Alexandri Severi Paris 1635. 4. *Franc.* BALDUINUS in Conſtantino M. Ebenderſelbe in Iuſtiniano (*Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. I.) Ueber die funfzig Deciſionen des K. Juſtinians ſind zu bemerken *Em.* MERILLII Expoſitio L. Deciſion. Iuſtiniani *Pariſ.* 1618. et *in Operib.* (*Neapoli* 1720. 4.) T. II. *Pet. Franc.* LINGLOIS Quinquaginta Deciſiones Imp. Iuſtiniani *Antwerpiae* 1622. Fol. und *Io.* STRAUCH Exercitat. VI. ad L. Deciſiones Iuſtiniani Imp. *Gieſſae* 1676. 4. Auch gehört *Fr.* RAGUELLUS ad Conſtitutiones et deciſiones Iuſtiniani Paris 1610. 4. noch hierher. Endlich über die Authendiken: *Chriſtoph. Phil.* RICHTER Expoſitio omnium Avthenticarum Codici Imp. Iuſtiniani inſertarum. Ienae 1661. 4. *Alex. Arn.* PAGENSTECHER Irnerius iniuria vapulans ſ. Comment. ad Avthenticas. Groen. 1702. 4. Zum critiſchen Gebrauch des Codex dienen *Petri* RELANDI Faſti Conſulares ad illuſtrationem Codicis Iuſtinianei ac Theodoſiani ſecundum rationes temporum digeſti. *Trajecti Batavorum* 1715. 8.

§. 54.

Von den Novellen des Kr. Juſtinians.

Ich komme iezt auf die, denen bisher gedachten Geſezſammlungen beygefügte, neuere Verordnungen des

des Kaiſers Juſtinian, welche die Lücken iener Sammlungen ausfüllen, und ihre Fehler verbeſſern ſollten. Zu dieſen neuern Verordnungen des Krs Juſtinian gehören einmahl die ſogenannten *Avthenticae ſeu Novellae Conſtitutiones D. Iuſtiniani;* Sodann die dreyzehen *Edicta* dieſes Kaiſers. Die Novellen (Autor §. 71.) ſind nach der Verfertigung des neuen Codex in den Jahren 535. bis 559. bekannt gemacht worden [60]). Sie waren urſprünglich in griechiſcher Sprache abgefaßt, einige wenige ausgenommen [61]). Die Sammlung aber, die wir in unſern Corpus iuris civ. von denſelben

[60]) Abraham Wieling rechnet ſie in ſeinem *Indice Chronolog. Novellar. Iuſtiniani* S. 167. Iurisprud. Reſtitutae vom Jahr 534. an, und ſoll die *Nov. 2. de non eligendo ſecundo nubentes mulieres*, welche ohne Subſcription iſt, von dieſem Jahr ſeyn; allein es iſt dieſe Angabe auch ſehr zweifelhaft.

[61]) S. *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu Vach* Diatr. de Novellarum Conſtitut. Imp. Iuſtiniani lingua originaria in *C. F.* ZEPERNICK *Delectu Scriptor. Novellas Iuſtiniani eorumque hiſtoriam illuſtrantium* (Halae 1783. 8.) S. 183. und folgg. Von einigen Novellen ſagt es iedoch Juſtinian ſelbſt, daß er ſie in beyden Sprachen zugleich, in der griechiſchen ſowohl wie in der lateiniſchen, habe ausfertigen laſſen. Dahin gehört Novelle 17. und 18. Von der erſtern ſehe man nur die Präfation, von der leztern aber dasjenige nach, was Juſtinian hiervon in der *Nov. 66. c. 1. §. 2.* meldet. S. meine Opuſcula Faſc. III. S. 85. und folgg. So ſcheint auch *Nov. 34.* das lateiniſche Exemplar von der *Nov. 32.* ſo Thracien angieng, zu ſeyn, jedoch ſo, daß deren Ausdehnung auf Illyricum nach der *Nov. 33.* darinn zugleich mit wiederholt wurde. S. Weſtphal Pfandrecht S. 127. Not. 91. und im Nachtrag S. 12. Folgende Novellen aber ſind blos lateiniſch verfaſſet worden, *Nov. 9. 11. 23. 62. 143.* und *150.* S. Weſtphal Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen S. 587.

ben haben, enthält eine und zwar in ſehr ſchlechter, durch Barbarismen entſtellten, Latinität abgefaßte Ueberſetzung. Man trägt nicht ohne Grund Bedenken, ſelbige dem K. Juſtinian zuzueignen, wenn gleich derſelbe eine Sammlung ſeiner neuern Conſtitutionen verſprochen [62]), und eine dergleichen auch wahrſcheinlich durch den Tribonian hat verfertigen laſſen [63]), die aber nicht publici iuris geworden zu ſeyn ſcheint [64]). Wer der Verfaſſer derſelben ſey, weiß man nicht, daß ſie indeß keinem der im zwölften Jahrhundert zu Bologna und Piſa berühmt geweſenen Rechtsgelehrten zuzuſchreiben, ſondern weit älter ſeyn müſſe, iſt gewiß, weil ſchon der römiſche Biſchof Gregor der Groſe, der nicht lang nach Juſtinian lebte, eine Stelle aus dieſer alten Verſion allegiret [65]).

Den

62) S. Conſtitut: *de emendatione Cod. Iuſtin.* §. 4.

63) Es läſſet ſich ſolches theils aus dem Epilog der *Nov.* 25. *Nov.* 26. *cap.* 5. §. 1. und *Nov.* 24. *cap.* 6. §. 1. ſchlieſſen, theils wollen ſolches die griechiſchen Juriſten als *Mich.* ATTALIATA *Praefat. Synopſis* §. 2. HARMENOPULUS *Promtuario iuris.* Lib. I. Tit. I. Desgleichen THEOPHANES *in Chronographia* p. 120. verſichern.

64) S. *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu* VACH *Schediaſm.* de Collectione Novellar. a Iuſtiniano facta; in ZEPERNICK *Delectu* S. 295. Es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß Juſtinian den *librum ſacrarum ſuarum conſtitutionum*, deſſen er in dem Epilog der *Nov.* 25. gedenkt, blos für ſich und zu ſeiner eignen Notiz durch Tribonian habe verfertigen laſſen. Denn alle übrigen Magiſtratsperſohnen und Richter hatten ja ſeine Novellen ſchon, und muſten ſie auch in ihren Gerichtsbüchern ſorgfältig aufbewahren, was war alſo eine neue Bekanntmachung derſelben in einer beſondern Sammlung nöthig?

65) *Lib. XII. Epiſt.* 54. wo er die Worte der *Nov.* 123. *c.* 19. anführt. Die Stelle ſtehet auch, obgleich etwas corrupt, in

Den Nahmen *Authenticae* hat die Sammlung von den Gloſſatoren erhalten, weil man die darinn enthaltenen Novellen für Originale hielt, und ſie hierdurch von Julians lateiniſchen Auszuge (*Epitome Novellarum*) zu unterſcheiden ſuchte [66]). Eben dieſe Gloſſatoren haben auch zum Behuf ihrer Vorleſungen jene alte Sammlung in neun Collationen oder Bücher, und jede Collation wieder in verſchiedene Titel eingetheilt, wovon ein jeder eine Novelle enthält [67]). Nicht nur die Titel einer jeden Collation, ſondern auch die Novellen ſelbſt ſind numerirt, jedoch mit dem Unterſchiede, daß die Zahl der Titel immer mit jeder neuen Collation wieder von forn angehet, die Zahl der Novellen aber von der erſtern bis zur lezten in einer ununterbrochenen Reihe fortläuft. Daher auch die Novellen, wie bekannt, nicht nach ihrer Collation und Titel, ſondern nach der Zahl allegieret werden. Jeder Titel hat weiter ſeine Rubric, welche den Inhalt und die Materie der darinn enthaltenen Novelle anzeigt. Dieſe Rubriken ſind jedoch nicht ächt, oft ganz unrichtig, und mangelhaft, und haben daher bey der Erklärung der Novellen keine Auctorität [68]). Jede Novelle

in Gratians Decrete *c. 38. C. XI. qu. 1.*, daß ſie aber keinesweges untergeſchoben ſey, wie *de* LUDEWIG *in vita Iuſtiniani* cap. VIII. §. 46. p. 259. ſich eingebildet, hat MAURUS SARTIUS in Irnerio §. XIII. aus Vaticaniſchen Handſchriften erwieſen.

66) ALCIATUS Parerg. Lib. II. cap. 46.

67) *Conr.* RITTERSHUS in Expoſit. Novellarum Iuſtiniani. *Prooem.* Cap. I. n. 19. und 20. BACH Hiſtor. iurispr. Rom. Lib. IV. c. I. Sect. II. §. 21.

68) *Iac.* CUJACIUS Obſervat. *Lib. XX. cap. 33. Io. Frid.* HOMBERGK ZU VACH Praefat. verſioni Novellarum praemiſſa S. 22. *I. L. E.* PÜTTMANN Adver-

ſe hat ihre beſondere Inſcription und Subſcription, nur einige ausgenommen, bey denen ſie fehlen. Die Inſcription zeigt auſſer den Nahmen des Kaiſers beſonders diejenige Magiſtratsperſohn, oder denjenigen Biſchof an, an welche oder an welchen die Novelle zur Publication geſendet worden; unterweilen auch die Unterthanen, an welche ſie gerichtet iſt. Die Subſcription hingegen bezeichnet den Ort und die Zeit der Ausfertigung, und darf bey Beſtimmung des Zeitalters, und wenn es darauf ankommt, ob und welche Novelle der andern derogiret, nicht aus der Acht gelaſſen werden [69]). Die Novellen ſelbſt ſind übrigens in Praefationem, Capita und Epilogum abgetheilt. Ihre Zahl erſtreckt ſich heutiges Tages auf 168. Novellen. Dieſe ſind jedoch nicht alle ächt Juſtinianeiſch [70]), auch nicht alle in Teutſchland recipirt, ſondern man hat in Anſehung der heutigen Gültigkeit derſelben einen Unterſchied zu machen zwiſchen denen, welche

verſarior. Iur. univ. Lib. I. S. 133. not. *) und ZEPERNICK Diſſ. I. de teſtamenti deſtituti viribus *Halae* 1773. §. XLIII. not. X. S. 79.

69) Die Subſcriptionen ſind jedoch oft fehlerhaft. Z. B. die *Nov. 1.* iſt vom Jahr 539. datirt, da ſie doch im Jahr 535. promulgirt worden. Um dieſe Fehler zu verbeſſern, ſind *Ant.* CONTII Chronologia annorum, Conſulum et Indictionum Imp. Iuſtiniani: RELANDI Faſti Conſulares und *Henr.* AGYLAEUS de dierum annotatione in Novellarum Subſcriptionibus in ZEPERNICK *Delectu* S. 281. vorzüglich zu empfehlen.

70) Z. B. *Nov. 165. 166. 167.* und *168.* ſind aus den *Eparchicis*, d. i. aus den Büchern oder Sammlungen, welche die Edicte der Praefectorum Praetorio enthalten. S. HOMBERGK Verſion, in Not. ad has Novellas.

che in den Handſchriften der alten Gloſſatoren befindlich waren, und mit deren Gloſſen oder Anmerkungen verſehen ſind, und denenjenigen, welche erſt in neuern Zeiten von Haloander, Scrimger, Cujacius und Contius aus des Julians Epitome, den Baſiliken und andern alten Handſchriften ſind reſtituirt worden. Erſtere werden *Novellae gloſſatae*, leztere aber *reſtitutae* ſ. *non gloſſatae* genennt. Nur jene erſteren ſind in Teutſchland recipirt [71]), leztere aber gelten nicht [72]), nach der Regel: *quidquid gloſſa non agnoſcit, illud nec agnoſcit curia*, von welcher ich in der Folge reden werde. Der Gloſſirten Novellen aber ſind nur acht und neunzig, und zwar folgende: Nov. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 22. 23. 32. 33. 34. 39. 44. 46. 47. 48. 49. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 60. 61. 63. 66. 67. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 105. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 123. 124. 125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. und 159. Alle übrige Novellen gehören zu den nicht gloſſirten.

Zum

[71]) Siehe BRUNQUELL Hiſtor. Iuris P. II. Cap. XI. §. 14. *Alb.* GENTILIS de libr. iuris civ. cap. 7. BACH Hiſt. iurispr. Rom. Lib. IV. c. 1. Sect. 2. §. 23. LAUTERBACH in Prolegom. Collegii Pandectar. §. 6. u. a. m.

[72]) Eine andere Meinung hegt *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de Novellar. gloſſatar. et non gloſſatar. auctoritate iuris. Allein der verdienſtvolle Herr Stadtdirector ZEPERNICK hat ihn in ſeinem Delectu Scriptor. Novell. illuſtrant. S. 331. u. folgg. gründlich widerlegt.

Zum Beſchluß müſſen wir noch einige litterari-ſche Bemerkungen ſowohl von den verſchiedenen lateiniſchen Ueberſetzungen und Ausgaben des griechiſchen Textes als den Commentarien über die Novellen hinzufügen.

I) Unter denen, welche die Novellen des K. Juſtinians ins lateiniſche überſezt haben, verdient zuerſt **Julian** angeführt zu werden. Er war Profeſſor der Rechte zu Conſtantinopel, und lebte unter den Kaiſern Juſtin II. Tiber II. und Mauricius. Dieſer verfertigte ums Jahr 570. einen Auszug aus Juſtinians Novellen in ächt lateiniſcher Sprache. Er enthält 125. Novellen, und iſt in zwey Bücher eingetheilt. Nicolaus Boërius machte dieſe *Epitome Novellarum* IULIANI zuerſt im Druck bekannt Lyon 1512. Sie iſt hernach öfters wieder aufgelegt worden, allein die beſte Ausgabe hat *Francois* DESMARES zu Paris 1689. Fol. veranſtaltet.

II) Hat Gregor **Haloander** hierauf die Novellen griechiſch mit einer eleganten lateiniſchen Verſion zu Nürnberg 1531. Fol. herausgegeben. Es iſt eine gemeine Meinung vieler Rechtsgelehrten [73]), daß **Haloander** 165. Novellen griechiſch ediret habe, allein man darf dieſe Ausgabe nur ſelbſt vor Augen nehmen, ſo wird man ſich vom Gegentheil ſogleich überzeugen können. **Haloander** hat nicht mehr als 137. Novellen geliefert, und unter dieſen ſind wieder ſechs, die nicht einmahl die vollſtändigen Verordnungen enthalten,

73) *Arth.* DUCK de Uſu et Auctorit. iur. civ. Lib. I. c. 4. §. 15. GRAVINA de Ortu et progreſſ. iur. civ. cap. 135. STRUV Hiſtor. iur. Rom. Cap. 3. §. 9. HOFFMANN Hiſtor. iuris Rom. Lib. II. cap. 2. §. 14. und BRUNQUELL Hiſt. iuris P. II. cap. 12. §. 15.

ten, ſondern nur Auszüge ſind, nehmlich die 111. 114. 138. 140. 150. und 165. Novelle. Dahingegen fehlen die 40. 49. 70. 76. 106. 137. 140. und 149. gänzlich. Von der 6. 7. 10. 46. 54. 55. 56. 57. 62. 98. 127. und 130ten hat er nur den lateiniſchen Text. Endlich von der 2. 5. 74. 75. 79. 83. und 84ten hat er nichts als den Titel angeführt. **Haloander** gab ſeine Novellen nicht aus den Büchern der Baſiliken, wie **Hombergk** [74]) meint, ſondern aus einer eigenthümlichen Handſchrift heraus, wie er in der ſeiner Ausgabe vorgeſezten *Epiſtola nuncupatoria* ſelbſt ſagt [75]). Wie er dazu gekommen, und was das vor ein Codex geweſen, erzählt SUARESIUS [76]). Haloander erhielt durch Bemühung des Johann Baptiſta Egnatius Copie eines Exemplars von den Novellen, welches LUDOVICUS BOLOGNINUS oder *Bononienſis*, aus der Marcianiſchen Bibliothek zu Venedig hatte abſchreiben laſſen, und zu Florenz in der Laurentianiſchen öffentlich aufbewahret wird. In vielen Stücken kommt zwar das Haloandriniſche Exemplar mit den Baſiliken des K. Leo überein, aber oft iſt es von den leztern ganz verſchieden, und viele Novellen erſcheinen weit vollſtändiger in der Haloandrine, die in den Baſiliken defect ſind, wie Jacob Voorda [77]) durch viele Beyſpiele auſſer Zweifel geſezt hat.

III) Eine

74) Praefat. verſionis lat. Novellar. gegen das Ende.

75) S. 2.

76) Notit. Baſilicor. §. *Interpres.* Man ſehe auch AUGUSTINUS Emendat. Lib. II. cap. 9. und Paratit. ad Nov. 2. auch *Iac.* GOTHOFREDUS Hiſtor. iur. civ. cap. 4.

77) Elector. libro ſing. cap. XXVII. S. 259-275.

III) Eine noch vollſtändigere Ausgabe des griechiſchen Textes lieferte Heinrich Scrimger, ehemaliger Rechtslehrer zu Genf, wo er im Jahr 1571. ſtarb. Dieſe iſt ohnſtreitig die beſte griechiſche Ausgabe. Scrimger bediente ſich dabey eines vortreflichen Codex, den der Cardinal Beßarion mit ſich von Griechenland nach Venedig gebracht, und daſelbſt der Republik bey ſeinem Abſterben vermacht hatte. Hierdurch hat Scrimger die beym Haloander fehlenden Novellen mit 23. derſelben vermehrt. Der vollſtändige Titel dieſer Ausgabe iſt: Αὐτοκρατόρων, Ἰουστινιανοῦ, Ἰουστίνου, Λέοντος νεαραὶ διατάξεις. Ἰουστινιανοῦ ἔδικτα. *Impp. Iuſtiniani, Iuſtini, Leonis Novellae conſtitutiones. Iuſtiniani Edicta. Ex bibliotheca illuſtris viri Hulderici* Fuggeri *domini in Kirchperg et Weiſſenborn, publicae commoditati dicantur. Iuſtiniani quidem opus antea editum, ſed nunc primum ex vetuſtis exemplaribus ſtudio et diligentia* Henrici SCRIMGERI, *Scoti, reſtitutum atque emendatum, et* viginti tribus conſtitutionibus, *quae deſiderabantur, auctum. Cui et Edicta eiusdem Imperatoris non prius edita, tamquam corollarium acceſſerunt. Iuſtini autem et Leonis conſtitutiones (quae et ipſae in antiquis codicibus Novellae cognominantur) nunquam antea in lucem prolatae. Anno MDLVIII. Excudebat* Henricus Stephanus, *Hulderici Fuggeri typographus.* Fol. Der Druckort iſt nicht genennt, wahrſcheinlich iſt es Genf oder Paris [78]). Nach dieſer Scrimgeriſchen Ausgabe edirte

[78]) Man ſehe nach Herrn Direct. Zepernick Praetermiſſa de vita, rebus geſtis, et conſtitutionibus Leonis. Sect. III. §. XVIII. in *Mantiſſa Commentat. ad* BECKIUM *de Novellis Leonis.* S. 331. folgg. wo man eine ausführliche Nachricht von dieſer Scrimgeriſchen Ausgabe der Novellen finden wird.

IV) Heinrich Agyläus Verbeſſerungen und Supplemente zur Haloandriniſchen, indem er nicht nur die in der Haloandrina fehlende Novellen aus dem Scrimger ins lateiniſche überſezte; ſondern auch aus eben demſelben die Fehler der Haloandriniſchen Verſion verbeſſerte. Dies Werk erſchien zu Cöln 1560. 8. und hat folgenden Titel: *Novellarum Iuſtiniani Principis conſtitutionum ſupplementum, antehac non editum, una cum Haloandri ac Scrimgeri editionum collatione, per Henricum* AGYLAEUM. Man pflegt zwar eben demſelben auch folgende Edition der Novellen zuzuſchreiben: *Iuſtiniani Principis Novellae Conſtitutiones latine ex Gregorii Haloandri et Henrici Agylaei interpretatione, ad graecum Scrimgeri exemplar nunc primum editae. Quibus ſuis locis interſeritur, quicquid vetus verſio amplius habet, atque proximis editionibus ex vetuſtis libris ac Iuliani Epitome adſperſum eſt. In qua editione Henrici Agylaei opera diligentem tum variarum lectionum annotationem, tum Haloandrinae verſionis caſtigationem invenire eſt. Item eiusdem Iuſtiniani Edicta, Iuſtini, Tiberii, Leonis Philoſophi Conſtitutiones, et una Zenonis, quae ad titulum Codicis de privatis aedificiis pertinet, Henrico Agylaeo interprete. Poſtremo Canones SS. Apoſtolorum per Clementem in unum congeſti Gregorio Haloandro interprete. Baſileae* per Io. Herwagium. MDLXI. 8vo max. Allein es iſt noch einigem Zweifel unterworfen, ob Agyläus der Verfaſſer dieſer Ausgabe ſey [79]). Endlich hat

V) der ehemalige Marburgiſche Rechtslehrer Johann Friedrich Hombergk zu Vach die Novellen des

79) S. ZEPERNICK Praefat. Delectui praemiſſa §. XI. S. 69.

des Juſtinians aus dem griechiſchen ins lateiniſche überſezt, und mit Noten erläutert: dieſe iſt ohnſtreitig die allerbeſte lateiniſche Ausgabe. Sie kam unter dem Titel: *Novellae Conſtitutiones D. Iuſtiniani Sacr. Princ. ex graeco in latinum converſae et notis illuſtratae* zu Marburg 1717. 4. heraus, und enthält zugleich *Fr.* PITHOEI Gloſſarium obſcurorum verborum Iuliani Anteceſſ. Conſt. Desgleichen *Ant.* AUGUSTINI quorundam verborum Iuliani interpretatio, und des CUJACII und AGYLAEI Obſervationes de dierum annotatione. Dieſe verſchiedenen griechiſchen und lateiniſchen Ausgaben der Novellen dienen uns nun vorzüglich zur richtigen Beſtimmung des Sinnes derſelben, welcher nicht ſelten in der verſione vulgata durch Barbarismen verdunkelt, ja wohl gar entſtellt und verfehlet worden iſt. Wie, wenn nun alſo die Vulgata von dem griechiſchen Texte abweicht, und einen unrichtigen Sinn der Novelle darſtellt, welcher Text wird den Vorzug behaupten? Die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten iſt, die Vulgata gehe nicht nur den übrigen Ueberſetzungen, ſondern auch dem griechiſchen Texte vor, weil nur erſtere in Teutſchland allein recipirt ſey, mithin auch nur allein ein geſezliches Anſehen in den Gerichten erlangt habe. Allein es hat ſchon der vorhin gedachte **Hombergk zu Vach** dieſes gemeine Vorurtheil aus Gründen beſtritten, die gewiß bey einem Jeden, dem Wahrheit am Herzen liegt, ihr Gewicht haben werden [80]. Warum ſollte bey unrichtiger Ueberſe-

80) Praefat. verſioni Novell. praem. Man beherzige beſonders folgende Worte: *Uſus et receptio Iuris Iuſtinianei nos ligat, non vero minus accurata interpretatio legum ab homine privato concinnata. Neque enim in eius gratiam, vel propter auctoritatem eius Novellas recepimus*

herſetzung eines ſo wichtigen Theils des Juſtinianeiſchen Rechts, welcher das neueſte römiſche Recht enthält, nicht eben ſo wohl, wie in andern Fällen, wo ein offenbarer Irrthum zum Grunde liegt, jener allgemeine Ausſpruch des Celſus[81]): *Quod non ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt: in aliis ſimilibus non obtinet*, ſeine Anwendung finden?

Zum Beſchluß wollen wir nur noch kürzlich die vorzüglichſten Commentare über die Novellen anführen. Hierher gehören auſſer *F.* BALDUIN in Iuſtiniano, Deſſelben Commentarii in Novellas I. IV. XVIII et CXVIII. Auch Ebendeſſelben breves Commentarii in praecipuas Iuſtiniani Imp. Novellas. (Beyde ſtehen in der *Iurisprud. Rom. et Attica* T. I. Fol. 1201 und 1322.) *I.* CUJACII Expoſitio Novellarum *Colon.* 1569. und in *Op. Conr.* RITTERSHUSII Ius Iuſtinianeum ſ. Novellarum Iuſtiniani expoſitio methodica. *Argentorati* 1615. 1629. und edit. III. auct. *Ibidem* 1669. 4. *Pet.* GUDELINI Commentarior. de iure noviſſimo libri ſex. *Francofurti* 1668. 4. und *Lucae* 1780. F. und STEPHANI Commentar. ad Novellas. *Lipſiae* 1700. 4.

§. 55.

pimus, ſed quia illae ſunt pars iuris civilis recepti. Ut autem latinae non Graecae in uſum venirent, id inde factum, quia Graecae non extabant. His deinde in lucem protractis, Latinae cedant neceſſe eſt, utpote quae non aliter ſe habent, quam ut ἀπογραφον ſeu exemplum, cui maior, quam archetypo, fides non debetur.

81) *L. 39. D. de Legib.*

§. 55.

Von den Edicten des K. Juſtinians.

Die dreyzehen Edicte des K. Juſtinians, welche man in neuern Zeiten denen Novellen noch beygefügt hat, ſind von geringer Erheblichkeit, und haben meiſt nur einen particulären Gegenſtand. Das fünfte iſt überdies ſchon unter denen Novellen enthalten, und macht die 111te Novelle aus. Scrimger edirte ſie zuerſt mit Juſtinians übrigen Novellen griechiſch 1558 und Agylåus überſezte ſie ins lateiniſche 1560. Seit der Zeit ſind ſelbige in die Ausgaben des Corpus Juris aufgenommen worden, und ſchon in der Rußardiniſchen, Lyon 1560. Fol. anzutreffen. Sie ſind alſo nicht gloſſirt.

§. 56.

Von der heutigen Gültigkeit des Juſtinianeiſchen Rechts. Erläuterung der Regel: *Quidquid non agnoſcit gloſſa* etc.

Soviel nun hiernächſt die heutige Gültigkeit des Juſtinianeiſchen Rechts anbetrift, ſo iſt zuförderſt ſoviel auſſer allen Zweifel, daß dieſelbe nicht aus einer Promulgation, ſondern allein ex receptione in Teutſchland herzuleiten ſey, ob es wohl nicht geläugnet werden kann, daß der irrige Wahn, als ob unſere teutſche Kaiſer, ohne Teutſchland und Italien von einander zu unterſcheiden, in beyderley Betrachte, die alten römiſchen Kaiſer als ihre Vorfahren am Reich anzuſehen gehabt hätten, auſſer andern Urſachen (S. Aut. §. 77.), viel zu der Aufnahme des römiſchen Rechts in Teutſchland beygetragen habe [82]. Man iſt auch fer-

[82]) S. Joh. Steph. Pütters Abhandlung, wie das Juſtinianiſch römiſche Geſezbuch in Teuſchland zur

ner darin einverſtanden, daß dieſes Juſtinianeiſche Recht als ein gemeines geſchriebenes Recht in Teutſchland gelte, deſſen Reception in einzelnen Fällen, wo man ſich darauf beruft, nie erwieſen werden dürfe, vielmehr derjenige, welcher ſich darin gründet, jederzeit fundatam intentionem, wie man zu ſagen pflegt, für ſich habe [83]). Frägt man jedoch weiter, in wiefern das Juſtinianeiſche Recht in Teutſchland eingeführet ſey? ſo kann, wenn gleich ohne allen Zweifel iſt, daß daſſelbe in complexu ſuo recipirt ſey (Aut. §. 78.), dennoch, ohne ſich den gröbſten Irrthümern Preis zu geben, nicht behauptet werden, daß alles, was wirklich Juſtinianeiſchen Rechtens iſt, auch ebenfalls bey uns gelte; ſondern es iſt vielmehr der heutige Gebrauch deſſelben behutſam und nach folgenden Regeln zu beurtheilen [84]).

Erſte Regel: Wenn über den heutigen Gebrauch einer Stelle des Juſtinianeiſchen Rechts die Frage entſtehet, ſo hat man vor allen Dingen darauf zu ſehen, ob dieſelbe gloſſirt ſey oder nicht; indem alle diejenigen Theile und Stücke des Juſtinianeiſchen Rechtskörpers in Teutſchland kein gerichtliches Anſehen behaupten,

zur geſezlichen Kraft gediehen ſey? in Deſſelben Beyträgen zum teutſchen Staats- und Fürſtenrechte. II. Th. N. 23. S. 30. folgg.

83) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Spec. VI. med. 1. 2.

84) Vorzüglich verdienen hier empfohlen zu werden Herrn Prof. D. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römiſchen Rechts. Schwerin, Wismar und Bützow. 1782. 8.

pten, welche nicht gloſſirt ſind; nach der Regel: *quidquid non agnoſcit gloſſa, illud non agnoſcit curia* [85]).

Man nennt diejenigen Theile und Stücke des Juſtinianeiſchen Rechts gloſſirt, welche mit den Anmerkungen und Erläuterungen der alten Gloſſatoren verſehen ſind. Gloſſatoren aber werden diejenigen italiäniſchen Rechtsgelehrten genennt, welche im 12. und 13. Säculum zu Bologna die römiſchen Rechte lehrten, und bey ihrem Vortrag die iuſtinianeiſchen Geſezſammlungen zum Grunde legten, und dieſe mit ihren Gloſſen oder Anmerkungen zu erläutern ſuchten. Der erſtere und berühmteſte derſelben, welchen Odofredus [86]) daher den *primus illuminator ſcientiae noſtrae* nennt, war **Irnerius**, der aber eigentlich **Werner** oder **Warner** geheiſſen, ob er gleich deswegen kein Teutſcher von Geburt, wie Brenkmann durch jenen teutſchen Nahmen verführt, ſich eingebildet [87]), ſondern ein Italiäner, von Bologna gebürtig, geweſen [88]). Dieſer **Irnerius** fing nach denen, wiewohl fruchtloſen, Verſuchen eines Pepo [89]), und verſchiedener anderer, die auch ſchon vorher das römiſche

Y 5 Recht

[85]) Vortreflich hat dieſe Regel erläutert Herr Dir. ZEPERNICK in Coniectur. quibus ex cauſis Novellae Leonis Sap. in Germania receptae dici nequeant. Cap. II. §. 22. und beſonders Cap. III. §. 24-26. beym BECK S. 533.

[86]) ad L. *ius civile* D. de Iuſt. et Iure.

[87]) BRENCMANN Hiſtor. Pandectar. Lib. I. c. V.

[88]) S. MAURUS SARTIUS in Irnerio. §. 2. beym ZEPERNICK in *biga libellor.* S. 101.

[89]) ODOFREDUS a. a. O. *Quidam dominus* PEPO *caepit auctoritate ſua legere in legibus, tamen, quidquid fuerit de ſcientia ſua, nullius nominis fuit.*

Recht zu lehren ſich aufgeworfen, aber wenig Beyfall gefunden hatten, in der erſtern Helfte des zwölften Jahrhunderts an, über die Juſtinianeiſchen Geſezſammlungen Vorleſungen zu halten, und wuſte theils durch ſeine neue Lehrart, die mit allgemeinem Beyfall aufgenommen wurde, theils durch die Annehmlichkeit ſeines Vortrags [90]), der römiſchen Rechtsgelehrſamkeit ſo viele Verehrer zu verſchaffen, daß ſich nun, ſeitdem Irnerius ſolche öffentlich zu lehren anfing, mit einer Art von Enthuſiasmus alles darauf legte. Was eigentlich zur Entſtehung dieſer neuen Irnerianiſchen Schule Veranlaſſung gegeben, und ob etwa die Gräfin Mathildis, wie der bekannte Abt von Urſperg [91]) erzählt, die Triebfeder geweſen, oder ob ein grammatiſcher Streit über die Bedeutung des Wortes *as*, welcher nach dem Zeugniß des Cardinals zu Oſtia [92]) durch Einſicht der Juſtinianeiſchen Pandecten ſoll entſchieden worden ſeyn, den Eifer des Irnerius rege gemacht, iſt hier zu unterſuchen, meine Sache nicht. Allein die neue Lehrmethode, deren ſich Irnerius bey der Erklärung des juſtinianeiſchen Rechts bediente, und welcher das ausgebreitete Anſehen des römiſchen Rechts ganz vorzüglich zuzuſchreiben iſt, müſſen wir etwas näher kennen lernen. Sie beſtand darin. Irnerius laas ſeinen Schülern den Text des juſtinianeiſchen Rechts von Geſez zu Geſez vor, und ohne ſich in eine weitſchweifige Entwickelung

[90]) Der gute Vortrag ward der Irnerianiſchen Schule ſo eigen, daß es zum Sprüchwort wurde: *bononienſem in morem dicere*, und ein guter Ausdruck der Worte *ſermo bononicus* genennet wurde. S. SARTIUS in Irnerio *Prooem.* §. *XXIII.* in ZEPERNICK *Biga.* S. 89.

[91]) *Chronic. ad an. MCXXVI.*

[92]) Commentar. ad Decretal. in rubric. tit. *de teſtamentis.* SARTIUS in Irnerio *praoem.* §. XX.

lung der einzelnen Rechtslehren einzulaſſen, erklärte er blos die Worte der Geſetze, (ipſam legum litteram, wie es die Gloſſatoren ſelbſt zu nennen pflegen) grammatiſch, und begleitete den Text mit kurzen Anmerkungen über dunkele Stellen, welche er Gloſſen nannte. Daß Irnerius in ſeiner Lehrmethode die Griechen nachgeahmt, und die Scholien der Baſiliken des Krs Leo benutzet habe, wie Abraham Wieling[93]) behaupten will, kommt mir darum nicht glaublich vor, weil das Vorgeben, als ob Irnerius die Rechte zu Conſtantinopel erlernet habe, und worauf ſich jene Hypotheſe des Wielings gründet, ganz unerweißlich iſt[94]). Es iſt viel wahrſcheinlicher, daß er die vorhin beſchriebene Art zu gloſſiren von den damahligen Lehrern der Gottesgelahrtheit zu Bologna erlernet habe, welche ſich derſelben ebenfalls bey Erklärung der heiligen Schrift bedienten, und welche Irnerius auch bey Erklärung der Geſetze ſehr zweckmäſig fand[95]). Da Irnerius, nach dem Zeugnis des Odofreds[96]) vor- [illegible] her,

[93]) Orat. pro Gloſſatoribus hinter Deſſelben Lectionib. iuris civ. S. 300. folg.

[94]) Schon *Donat. Anton.* d'ASTI in ſeinem Werk dell' uſo e autorita della ragione civile (*Neapoli* 1720.) Lib. II. cap. 5. S. 133. verlachte deshalb den GRAVINA, welcher ſich *de ortu et progreſſu iuris civ.* Lib. I. c. 143. dieſe Fabel von Mornacius und Cironius aufheften laſſen; und *Maurus* SARTIUS in Irnerio §. 3. und 4. hat dieſes Vorgeben vollends widerlegt, und aus Nachrichten des Odofredus das Gegentheil erwieſen.

[95]) MAUR. SARTI in Irnerio *prooem.* §. XXI. und im Leben des Irnerius §. V.

[96]) ODOFREDUS ad L. *ius civile* D. de Iuſt. et Iure: — *Dominus* IRNERIUS, *dum doceret in artibus in civitate iſta, cum fuerunt deportati libri legales, coepit per ſe ſtudere*

her, ehe er ſich den Rechten widmete, die Philoſophie und ſchönen Wiſſenſchaften ſtudieret; und auch als Magiſter dieſelben zu Bologna öffentlich gelehret hatte, ſo iſt nicht zu zweifeln, daß dieſe, einem jeden Rechtsgelehrten ſo nöthige Hülfswiſſenſchaften nicht nur bey Erklärung des juſtinianeiſchen Rechts ſeine Führerinnen geweſen, ſondern auch inſonderheit das Studium der alten römiſchen Autoren zur Bildung des guten Geſchmacks und der Eleganz das meiſte beygetragen, wodurch ſich die Irnerianiſche Schule ſo ſehr vor der nachherigen Accurſianiſchen ausgezeichnet hat; und in deſſen Rückſicht die Gloſſen eines **Irnerius** mit Recht gegen die eines Accurſius e l e g a n t genennet zu werden verdienen [97]). Der groſſe Beyfall, den dieſer Rechtslehrer durch ſeine Vorleſungen zu Bologna erwarb, verurſachte nun, daß nicht nur die Exemplare der juſtinianeiſchen Rechtsbücher mit einem erſtaunenden Eifer abgeſchrieben, und in die Hände der Rechtsbefliſſenen ſowohl als der damahligen Gelehrten verbreitet wurden, ſondern es wurden auch die Gloſſen des **Irnerius** dieſen Handſchriften

ſtudere in libris noſtris, et ſtudendo coepit docere in legibus, et ipſe fuit maximi nominis, et primus illuminator ſcientiae noſtrae; und ad L. *Sane ſi haec* Cod. de ſacroſ. Eccl. *Dominus* IRNERIUS *erat magiſter in artibus, — et ſtuduit per ſe, ſicut potuit, poſtea coepit docere in iure civili;* auch ad L. ult. C. *de in int. reſt. minor.*

97) Dieſes Lob giebt auch ſelbſt ODOFREDUS an mehreren Orten ſeiner Commentarien der Gloſſe des Irnerius, ſo z. B. ſagt er ad L. *manumiſſionis* D. de Iuſt. et Iure: *Hic gloſſat dominus* IRNERIUS *elegantiſſimis verbis:* und eben ſo richtig urtheilt SARTIUS in Irnerio §. V. wenn er ſagt: *Fuerunt eius gloſſae breves et elegantes, et illae quidem non continenti oratione ſcriptae, ſed interciſae, et ad loca tantum obſcuriora legum et difficiliora adpictae.*

ſchriften ebenfalls mit beygefügt, und zwar gleich zwiſchen den Zeilen des Textes bey denenjenigen Stellen und Worten mit eingerückt, worauf ſich ſelbige beziehen, und zu deren Erläuterung ſie dienen, daher aus dieſer Urſach die Irnerianiſchen Gloſſen von denen Alten *gloſſae interlineares* genennt zu werden pflegen [98]).

Dieſe Irnerianiſche Methode über das juſtinianeiſche Recht zu gloſſiren dauerte nun unter den Schülern des Irnerius fort, unter denen vorzüglich Bulgarus und Martin Goſias wegen ihrer Streitigkeiten, die ſie über verſchiedene Rechtsmaterien mit einander gehabt, und wegen der dadurch verurſachten beyden Secten der Goſianer und Bulgarianer, welche mit denen Sabinianern und Proculianern gewiſſermaſen verglichen zu werden pflegen, vorzüglich zu bemerken ſind [99]).

Accur-

[98]) MAURUS SARTIUS in Irnerio §. V. hat dieſes nicht nur aus verſchiedenen Stellen des Odofreds, z. E. ad L. *ius civile* D. de Iuſt. et Iure, und ad L. *ſi duobus vehiculum* D. commodati vel contra, ſondern auch aus Vaticaniſchen Handſchriften in Appendice erwieſen. *Viſuntur adhuc* ſagt er a. a. O. *in pluteis bibliothecarum, quae antiquis libris abundant, veteres codices manu exarati, eiusmodi gloſſematibus, brevibusque adnotationibus inſtructi, quas vulgo* GLOSSAS INTERLINEARES *appellare ſolent, quia inter ipſas ſcripturae lineas inſertae ſunt, et raro ad occupandum libri marginem excurrunt.*

[99]) S. *Io. Sal.* BRUNQUELL Proluſ. de Sectis et controverſiis iuris Iuſtinianei interpretum, quos Gloſſatores appellamus. Ienae 1725. Wir würden von denen Rechtsdiſputen zwiſchen Bulgarus und Goſias, die uns, wegen mancher ſich darauf beziehenden Avthendiken im Juſt. Codex und wegen mancher Decretalen allerdings von Wichtigkeit ſind, mehreres wiſſen, wenn wir das Buch hätten, welches unter dem Titel: Diver-ſitate

Accurſius, mit welchem in der Geſchichte der Gloſſatoren eine neue Epoche anfängt, verließ zuerſt, wo nicht ganz, doch wenigſtens in etwas die Lehrart des Irnerius. Er wurde zu Florenz ums Jahr 1182. gebohren, und ſtarb zu Bologna im Jahr 1260. [100]). Dieſer Accurſius führte nicht nur eine weitläuftigere Art zu gloſſiren ein, welche nehmlich darin beſtand, daß er den caſum legis überall formirte, und Fragen aufwarf, welche er ſodann nach den Inhalt des Geſetzes zu entſcheiden ſuchte; ſondern er ſchrieb auch ſelbſt weitläuftige Commentarien über das juſtinianeiſche Recht, wobey er die Gloſſen ſeiner Vorgänger vorzüglich benuzte. Dieſe accurſianiſche Gloſſe erlangte nun ein ſolches erſtaunendes Anſehen, daß man hierüber nicht nur die Irnerianiſche vergaß, ſondern auch alle Sectirerey beylegte, und nun ſich gleichſam zur Fahne des Accurſius bekannte [1]).

Mit dieſen Gloſſen verſehen erhielten auch wir in Teutſchland die juſtinianeiſchen Geſezſammlungen durch die jungen Teutſchen, die aus Mangel einheimiſcher Academien die Rechte jenſeits der Alpen ſtudieret, und bey den Gloſſatoren gehöret hatten. Was Wunder

alſo,

ſitates dominorum in iure noch ungedruckt in der Bibliotheca regali Collegii Hiſpanorum zu Bologna ſich befindet. Ein Beiſpiel einer ſolchen unter jenen beiden Männern geführten Streitigkeit hat Herr geh. Juſtiz R. Walch *Reliquiae controverſiae inter Bulgarum et Goſiam de praelatione dotis.* Ienae 1785.

100) SARTIUS de claris Archigymn. Bonon. Profeſſ. *in* ACCURSIO T. I. P. I. S. 141. und folgg.

1) Wie groß das Anſehen der accurſianiſchen Gloſſe geweſen, beweißt der Ausſpruch des Jaſons: *Gloſſae auctoritatem omnes excellere, et illi tanquam Carotio veritatis perpetuo adhaerendum eſſe;* und Cynus pflegte zu ſagen: *volo pro me Gloſſatorem potius, quam textum.*

alſo, wenn keine andere Geſetze des juſtinianeiſchen Rechts in Teutſchland recipiret würden, als welche in den Exemplaren, die man zu den Zeiten der Gloſſatoren davon hatte, und welche mit den Anmerkungen derſelben verſehen waren, anzutreffen geweſen? Und dies iſt nun der Grund der obigen Regel: *Quidquid non agnoſcit gloſſa, illud nec agnoſcit curia.* Nicht alſo weil die Anmerkungen des Accurſius und ſeiner Vorgänger eine geſezliche Kraft hätten; oder weil dieſe Gloſſatoren es beſtimmen könnten, welche Geſetze in Teutſchland gelten ſollten, und welche nicht, — ſondern, **weil unſere Vorfahren das Römiſche Recht in der Geſtalt recipirt haben, wie ſie es aus den Händen der Gloſſatoren empfiengen;** nur darum gilt anders nichts, als was die Gloſſe anerkennt [2]). Nicht recipirt ſind demnach alle diejenigen Geſetze, welche erſt im ſechzehnden und ſiebenzehnden Säculum durch die critiſchen Bemühungen der neuern Civiliſten vorzüglich aus den Baſiliken reſtituirt, und denen juſtinianeiſchen Geſezſammlungen eingeſchaltet und beygefügt worden ſind, weil die alten Gloſſatoren dieſe nicht kannten, mithin auch ſelbige mit deren Gloſſen nicht verſehen ſind. Da uns nun alſo die Gloſſe zum Wegweiſer dienen muß, wodurch wir erfahren können, welche Verordnungen der römiſche Rechtskörper zu der Zeit, als er in Teutſchland aufgenommen worden, in ſich gefaſſet habe, ſo läſſet ſich ſchon hieraus abnehmen, daß das corpus iuris gloſſatum noch immer für einen Rechtsgelehrten von groſſem Nutzen ſey [3]).

§. 57.

[2]) ZEPERNICK in den oben angeführten Coniecturis §. XXII. hinter BECK S. 526.

[3]) Die beſte Ausgabe des *Corporis iuris civ. gloſſati* iſt

die.

§. 57.

Zweyte Regel.

Iſt es auſſer Zweifel, daß die Stelle im Juſtinianeiſchen Rechtskörper, über deren heutigen Gebrauch die Frage iſt, wirklich gloſſirt ſey; ſo iſt weiter darauf zu ſehen, ob dieſe Stelle eine wirkliche geſezliche Diſpoſition enthalte, oder nicht? indem, wenn das leztere iſt, ſolche uns gar nicht verbinden kann, ſondern es uns in einem ſolchen Falle vielmehr freyſtehen muß, nach unſerer Ueberzeugung davon abzugehen.

Daß in unſerm Corpus Juris nicht wenig enthalten ſey, ſo den Nahmen eines eigentlichen Geſetzes gar nicht verdienet, iſt ſchon oben (S. 50. und folgg.) bemerkt worden. So z. B. kommen in unſerm römiſchen Rechte häufig Definitionen, Eintheilungen, dogmatiſche und hiſtoriſche Säze, Worterklärungen und dergleichen vor. Dieſe können uns als Geſetze aus den ſchon oben angeführten Gründen ohnmöglich verbinden, wenn wir gleich dieſelben, ſofern ſie richtig ſind, mit ihren weſentlichen Folgen als wahr und gegründet anerkennen müſſen. Ob wir nun gleich, um das Geſezliche von dem nicht Geſezlichen zu unterſcheiden, lediglich auf den Inhalt der Stelle ſelbſt unſer Augenmerk zu richten haben, ſo dürfen wir doch deswegen mit Thomaſius [4]) die

diejenige, welche Dionyſ. Gothofred zu Lyon 1612. in Fol. in VI. Theilen veranſtaltet hat. Der ſechſte Theil enthält den Theſaurum Accurſianum, *Broſſei* Remiſſiones, *Hennequini* Notas et Benedicta ad Accurſium, und des *Stephani Daoys* indicem generalem.

[4]) Diſp. an legum Iuris Iuſtinianei ſit frequens an exiguus uſus practicus in foris Germaniae. §. 10.

die geſezliche Auctorität ſolcher Stellen des juſtinianeiſchen Rechts nicht beſtreiten, welche zwar ihrer urſprünglichen Beſchaffenheit nach in die Zahl der Geſetze nicht gehören, wohl aber durch die Aufnahme in den Rechtskörper ein legales Anſehen bekommen haben. So z. B. beſtehen zwar die Pandecten des K. Juſtinians hauptſächlich aus den Meinungen, Gutachten und Erklärungen der römiſchen Rechtsgelehrten, allein wer vermag dieſen die Eigenſchaft wahrer Geſetze abzuſtreiten, da Juſtinian die Pandecten, darin ſie aufgenommen ſind, als ein wirkliches Geſezbuch beſtättiget hat?

§. 58.

Dritte Regel.

Bey den wirklichen Geſetzen unſers römiſchen Rechtskörpers kommt es nun aber ferner darauf an, ob und in wieferne ſie auf unſere Zeiten, Sitten und Verfaſſungen angewendet werden können. Es iſt daher eine dritte Regel: diejenigen Verordnungen, welche ſich auf blos römiſche in Teutſchland ganz unbekannte Sitten und Verfaſſungen beziehen, leiden eigentlich bey uns keine Anwendung [5]).

Denn man darf nicht glauben, daß mit der Aufnahme des Juſtinianeiſchen Rechts auch die ganze Regimentsverfaſſung und politiſche Einrichtung der Römer zu uns übergegangen ſey, oder daß die Teutſchen die Abſicht gehabt, den ganzen Inbegrif ihrer Rechtsgeſchäfte nach römiſchen Grundſätzen umzuformen. Die Erfahrung lehrt das Gegentheil. Hieraus folgt alſo, daß ſolche Verordnungen, welche auf Grundſätzen beruhen,

[5]) Herr Prof. Schott in der Encyclopädie §. 109.

hen, die man in Teutſchland nie aufgenommen hat, oder deren Gegenſtand heutiges Tages ceſſirt, gar keine Anwendung finden können. Vermöge unſerer Regel fällt alſo die heutige Anwendung des römiſchen Rechts weg,

1) wenn ſelbſt das Object des Geſetzes heutiges Tages gar nicht mehr exiſtiret. Dahin gehören z. B. diejenigen Verordnungen, welche die beſondere Regimentsverfaſſung des römiſchen Staats und deſſen Verwaltung betreffen. Daher fällt heut zu Tage die ganze Reihe von Titeln, welche von dem Amt der römiſchen Obrigkeiten, als de officio praefecti praetorio, praefecti urbi, praefecti vigilum, praetorum, proconſulis, praefecti auguſtalis, praeſidis u. ſ. w. handeln, (Lib. I. Tit. 9 - 22.) ganz weg. Aus der nehmlichen Urſach findet auch die Verordnung des römiſchen Rechts von der Legitimation unehelicher Kinder per oblationem Curiae bey uns keine ſtatt. Hieraus erſiehet man zugleich, wie nöthig es ſey, um über den Gebrauch und Nichtgebrauch römiſcher Geſetze richtig urtheilen zu können, mit den Gegenſtänden derſelben genau bekannt zu ſeyn? und wie unentbehrlich eben aus dieſem Geſichtspuncte das Studium der römiſchen Alterthümer ſey?

2) Kann ein römiſches Geſez auch dann nicht mehr gelten, wenn der weſentliche Grund deſſelben, ohne welchen ſich das Geſez gar nicht denken läßt, bey uns ganz wegfällt. Nur unter dieſer Beſtimmung iſt die Regel wahr: *ceſſante ratione legis, ceſſat eius diſpoſitio*, die nur gar zu oft, wenn es auf den heutigen Gebrauch einer juſtinianeiſchen Verordnung ankommt, gemißbraucht wird. Ein Geſez kann mancherley Veranlaſſungen, kann verſchiedene Urſachen haben. Geſezt nun auch, die Umſtände hätten ſich geändert, es fiele dieſe

oder jene Nebenurſache bey uns weg, welche vorzüglich etwa den Römern ein Geſez nüzlich machte; ſo kann doch deswegen die heutige Gültigkeit des Geſetzes ſelbſt nicht bezweifelt werden, ſo lange der Hauptgrund des Geſetzes auch bey uns noch ſtatt findet. Ein Beiſpiel giebt die actio de receptis, deren heutigen Gebrauch einige darum beſtreiten wollen [6]), weil unſere Wirthe nicht mit jenen Römiſchen, als welchen die Geſetze von Seiten ihrer Ehrlichkeit eben kein günſtiges Zeugniß beylegen [7]), in eine Claſſe geſetzet werden könnten. Allein iſt es nicht auch noch heutiges Tages billig, daß denen Fremden, welche ſich in keine weitläuftige Proceſſe einlaſſen können, kurz und ohne Umſchweif zu dem Ihrigen verholfen werde? Kann der Gaſtwirth nicht immer eher Entwendungen verhüten, als der Fremde? ja würde, wenn der Fremde erſt den Urheber ſeines Schadens ausfindig machen müſte, und nur gegen dieſen allein klagen dürfte, würde nicht die hieraus entſtehende Schwierigkeit zu klagen auch noch heutiges Tages unredlichen Wirthen leicht Gelegenheit geben können, den Paſſagier um das Seinige zu bringen? Alle dieſe Gründe, welche allein ſchon das Geſez hinreichend rechtfertigen, bleiben allemahl noch fortdauernd, wenn auch gleich die von den Betrügereien der römiſchen Wirthe hergenommene Urſach zu unſern Zeiten wegfallen möchte. Soll alſo das römiſche Geſez bey uns ſeine Anwendung verliehren, ſo muß der weſentliche Grund deſſel-

[6]) *Io. Wilh.* RICHTER Diſſ. de actione in factum ex quaſi contractu receptionis moribus noſtris non conveniente *Lipſ.* 1759.

[7]) *L. 1. §. 1. D. Nautae caup. et ſtabul.* — niſi hoc eſſet ſtatutum, materia daretur cum furibus adverſus eos, quos recipiunt, coëundi; *cum ne nunc quidem abſtineant huiusmodi fraudibus.*

deſſelben, ohne welchen ſich die Verordung ſelbſt gar nicht denken läſſet, gänzlich ceſſiren. Eben darum läſſet ſich in Teutſchland von denen Vorſchriften des römiſchen Rechts, welche von ſimplen Verträgen, und ſtricti iuris Contracten reden, kein Gebrauch machen; denn ſie gründen ſich auf das beſondere Formularweſen der Römer, welches bey allen ihren gerichtlichen und auſſergerichtlichen Geſchäften zur Norm diente. Da aber die Teutſchen das leztere nicht aufgenommen, ſo ſind bey uns nicht nur die bloſen Verträge, welche von Perſohnen, die ſich verbindlich machen können, über einen erlaubten Gegenſtand ſind eingegangen worden, vollkommen verbindlich, ſondern auch alle unſere Contracte bonae fidei.

Zuweilen kann jedoch der Hauptgrund eines römiſchen Geſetzes wegfallen, und das Geſetz bleibt doch verbindlich; dieſes geſchiehet in den Fällen, wo der Grund des Geſetzes mit der Diſpoſition deſſelben nicht ſo weſentlich verbunden iſt, daß ſich die leztere mit Aufhebung des erſtern nicht mehr gedenken lieſe. Daher finden wir es ſehr oft, daß in denen römiſchen Geſetzen Conſequenzen übrig geblieben, ob ſchon der Grundſatz, woraus ſie ihren Urſprung herleiten, längſt aufgehoben worden [8]). Zum Beyſpiel kann die Querela inofficioſi teſtamenti dienen. Dieſe Klage war nach dem alten römiſchen Recht nicht wenig verhaßt, weil der Kläger den Vorwand brauchte, als ob der Teſtator nicht recht bey Verſtande geweſen; er movirte alſo gleichſam der

Aſche

8) Eben dieſes hat auch ſchon bey einer andern Gelegenheit der berühmte Hr. Geh. JuſtitzR. Pütter in Diſſ. de praeventione in cauſſ. appellationis (Goett. 1776.) Cap. V. §. 64. bemerkt: *perfrequenter hoc accidere, ut, principium ac fundamentum legis licet dudum deſeruiſſemus, ipſam tamen legem adhuc in viridi obſervantia habeamus.*

Aſche des Teſtators quaeſtionem ſtatus. Da nun nach denen Verordnungen verſchiedener Kaiſer über den Zuſtand eines Verſtorbenen nach fünf Jahren keine weitere zum Nachtheil gereichende Frage aufgeworffen werden ſollte [9]), ſo wurde, ohne Zweifel durch die Auctorität der römiſchen Rechtsgelehrten, eingeführt, daß auch die Querela inofficioſi binnen fünf Jahren angeſtellt werden, nach dieſer Zeit aber nicht weiter ſtatt finden ſollte [10]). Ob nun gleich nach der Nov. 115. c. 3. und 4. jener color inſaniae teſtatoris nicht mehr nöthig iſt, ſondern der Grund dieſer Querel vielmehr in eine unbilliger Weiſe geſchehene Enterbung oder Präterition geſezet wird; ſo dauert dennoch auch noch heutiges Tages dieſe Klage länger nicht als fünf Jahr; und kann daher, wegen etwa ceſſirenden Grundes dieſer Dauer, die heutige Gültigkeit der dieſelbe verordnenden römiſchen Geſetze im mindeſten nicht bezweifelt werden [11]).

§. 59.

Vierte Regel.

Auch diejenigen Verordnungen des römiſchen Rechts gelten heutiges Tages nicht, welche ſolche Gegenſtände haben, die zwar denen Römern eben ſo gut, als den Teutſchen, bekannt waren, aber doch bey der Einführung des römiſchen Rechts von den Teut-

 ſchen

9) Siehe tot. Tit. D. *ne de ſtatu defunctorum poſt quinquennium quaeratur.* SVETONIVS *in vita Titi* c. 8. und CAPITOLINVS *in Marco* cap. 10.

10) PÜTTMANN Exerc. ad L. 16. C. de inoff. teſtam. Lipſiae 1774. S. 13. u. folg.

11) PÜTTMANN Diſſ. de querela inoff. teſtamenti fratrib. uterin. haud concedenda. C. II. §. 8 fin.

ſchen darum, weil ſie ihren Sitten und Denkungsart ganz entgegen giengen, nicht recipirt worden ſind.

Die Lehre von Erbverträgen giebt uns hiervon ein ſehr treffendes Beyſpiel. Nach römiſchen Rechten gelten ſie, einige wenige Fälle ausgenommen, nicht, man beſorgte, vielleicht nicht ohne Grund, ſie möchten den Wunſch nach des andern Tode rege machen, und wohl gar zu Lebensnachſtellungen Anlaß geben [12]. Allein bey den Teutſchen ſind Erbverträge von jeher üblich geweſen, und als gültig und unwiderruflich angeſehen worden. Ja ſie waren, ehe die Teutſchen durch Einführung des römiſchen Rechts die Teſtamente kennen lernten, das einzige Mittel, über ſeine Erbfolge zu disponiren. Dieſe Grundſätze haben die Teutſchen auch noch nach Einführung des römiſchen Rechts, alles darin enthaltenen Verbots ohngeachtet, bis auf den heutigen Tag aufrecht zu erhalten gewuſt. Daher die Vorſchriften des römiſchen Rechts in dieſer Materie keine Anwendung bey uns finden [13]. Ob auch die römiſchen Geſetze vom Spiel hierher zu rechnen, iſt unter denen Rechtsgelehrten annoch ſtreitig [14]. Daher ich zu ſeiner Zeit (Tit. *de aleatoribus*) davon handeln werde.

§. 60.

Fünfte Regel.

Auf ſolche Gegenſtände und Rechtshandlungen der Teutſchen, welche den Römern ganz

12) *L. 2. §. 2. D. de vulg. et pup. ſubſt. L. 27. §. 4. D. ad SCT. Trebell. L. ult. C. de pactis.*

13) *Ad. Fr.* HEBESTREIT Vindiciae veri valoris pactor. ſucceſſor. Erfordiae 1768.

14) S. Weber Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2te Abtheil. §. 65. Not. 224. S. 227. und folg.

ganz unbekannt waren, und blos aus teutſchen Sitten und Verfaſſungen ihrem Urſprung haben, läſſet ſich das römiſche Recht ebenfalls nicht anwenden.

So kann daher das einer Witwe aus der Verlaſſenſchaft ihres Ehemanns nach teutſchen Rechten gebührende Witthum eben ſo wenig, als die Gemeinſchaft der Güter unter teutſchen Ehegatten aus dem römiſchen Rechte beurtheilet werden.

§. 61.

Sechste Regel.

Wo nun aber alle dieſe Regeln den Gebrauch des römiſchen Rechts nicht hindern, da findet ſolches in allen übrigen Fällen ſeine Anwendung, ſofern nicht der Gebrauch deſſelben durch die in Teutſchland geltende übrige entweder einheimiſche oder kanoniſche Rechte eingeſchränkt wird. Von dieſen Einſchränkungen werde ich erſt weiter unten reden. Hier bemerke ich nur noch, daß, da das römiſche Recht in Teutſchland einmahl zur Kraft eines gemeinen Reichsrechts gediehen, und, als ein ſolches, reichsgeſezmäſig bekräftiget worden [15]), der Gebrauch deſſelben ſo wenig durch ein Erkenntnis des Cammergerichts, ſo nicht pro lege Imperii zu halten, in einzelnen Fällen aufgehoben, als durch ein Zeugniß eines Cammergerichtsaſſeſſoris entkräf-

[15]) Reichshofr. Ordnung Tit. VII. §. 24. So ſollen auch unſere kaiſerliche Wahlcapitulation, alle Reichsabſchied, Cammergerichtsordnung, — *Corpus iuris civilis* und canonici, — auf der Reichshofraths Tafel, damit man ſich deren in zweifelhaften Fällen gebrauchen könne, ſtets vorhanden ſeyn, und von ſelbiger nicht verrückt werden.

tet werden könne. Daher es ganz vergeblich iſt, wenn einige neuere Rechtsgelehrten aus dieſem Grunde den heutigen Gebrauch der L. ult. C. de praeſcript. XXX. et XL. annor. desgleichen der L. 2. und L. ult. C. de litigioſ. und anderer mehr bezweifeln wollen.

§. 62.

Poſtiuſtinianeiſches Recht. a) orientaliſches. I) Baſiliken des Kaiſers Leo.

Wir haben nun noch von dem lezten Theil des römiſchen Rechts, nehmlich den Poſtiuſtinianeiſchen, zu handeln. Hierher gehören einmahl die nach des Kaiſers Juſtinians Regierung im Orient promulgirte neue Geſetze und Rechtsbücher, von denen wir noch heutiges Tages beträchtliche Fragmente übrig haben [16]). Außer denen wenig intereſſanten Novellen der Kaiſere Juſtin II. und Tiberius, welche auch nach der Ueberſetzung des Agyläus den meiſten Ausgaben des Corporis iuris civ. angehängt ſind; und den Πρόχειρον νομικὸν, (Promptuarium iuris) ſo Kaiſer Baſilius Macedo, mit ſeinen beyden Söhnen den Conſtantin und Leo, im Jahr 876. bekannt gemacht hat, und aus 40. Titeln beſtehet [17]); verdienen die ſogenannten Baſiliken des Kaiſers Leo unſere ganze Aufmerkſamkeit. Kaiſ. Baſilius Macedo ließ dieſes Werk durch eine Geſellſchaft von Gelehrten, unter denen Symbatius Protosphatarius den erſten Platz behauptet zu haben ſcheinet, ver-

nehm-

[16]) Einen groſen Theil dieſer orientaliſchen Geſetze und griechiſchen Rechtsbücher haben *Enimund.* BONEFIDIVS in Iure orientali *Paris* 1573. und *Io.* LEVNCLAVIVS Iure Graeco-Romano cura *Marq.* FREHERI Francof. 1596. fol. Tom. II. geſammlet.

[17]) Mehrere Nachrichten hiervon findet man in den gelehrten Anmerkungen des Hrn. Dir. Zepernick über BECK de Novellis Leonis Halae 1779. 8. S. 18. und folg.

nehmlich aus den damahlen vorhandenen mancherley griechiſchen Ueberſetzungen des juſtinianeiſchen Rechts zuſammentragen [18]), es kam iedoch erſt nach deſſelben Tode unter der Regierung des K. Leo des Philoſophen zu Stande, welcher dieſes Geſetzbuch im Jahr 887. promulgirte, und zur Ehre ſeines Vaters des Kaiſ. Baſilius ΒΑΣΙΛΙΚΑ nannte. Das ganze Werk iſt in ſechzig Bücher, und jedes Buch in Titel abgetheilt, daher es auch ἑξηκοντάβιβλος oder ἑξάβιβλος genennt wird. Von dieſen Baſiliken haben wir iedoch heutiges Tages nur noch acht und dreyßig vollſtändige, nehmlich das 1. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 38. 39. 40. 41. 42. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. und 60te, von welchen das 49. 50. 51. und 52. im fünften Tom des *Theſauri Meermanniani*, die übrigen aber in der Fabrottiſchen Ausgabe der Baſiliken befindlich ſind. Es iſt daher eine offenbare Unwahrheit, womit **Fabrott** viele hintergangen hat, die ihm auf ſein Wort geglaubt haben, wenn er 41. Bücher vollſtändig edirt zu haben vorgiebt [19]). Denn das 2. 16. 17. 18. und

18) *Georg.* CEDRENVS Annal. ſ. Compend. Hiſtoriae in BASILIO IMPERAT. S. 468. — *Sed et civiles leges videns multum habere confuſionis atque obſcuritatis, operam dedit, ut iis convenientem faceret medicinam: itaque abrogare inutiles, iisque amputatis multitudinem bonarum expurgare intendit. Sed mors eius hoc inſtitutum intercepit, res a filio deinde perfecta eſt.* Kaiſ. Leo ſelbſt eignet dieſes Werk nicht undeutlich *Nov. LXXI.* ſeinem Vater zu. S. ZEPERNICK Praetermiſſa de vita, rebus geſtis, et conſtitutionibus, inprimis Novellis Leonis Sap. Sect. III. §. XII. hinter BECK *de Nov. Leonis.* S. 286. u. folg.

19) Praefat. ſeiner Ausgabe (Paris 1647. VII. Volum. Fol.) *Aequiores autem rerum iudices heic monendi ſunt, libros*

30te Buch ſind defect, und ganzer 21. Bücher, nehmlich das 19. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 43. 44. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. und 59. unächt, wo **Fabrott** nicht die Bücher der Baſiliken ſelbſt, ſondern ſtatt derſelben eine Rhapſodie aus der Synopſi Baſilicorum, den Theodoro Hermopolita, Conſtantino Harmenopulo, denen Gloſſen der Baſiliken und den Commentaren des Cujacius über die drey leztern Bücher des Codex geliefert hat [20]. Die Schreibart iſt übrigens in den Baſiliken ſehr verſchieden, bald ungemein weitſchweifig, bald ſehr kurz, je nachdem die Verfaſſer bald eine weitläuftigere, bald eine kürzere Ueberſetzung von Juſtinians Geſezſammlungen vor Augen gehabt haben. Denn einige z. B. *Thalelaeus* und *Stephanus* hatten die Pandecten und den Codex *εἰς πλάτος* (paraphraſtiſch), andere, wie *Dorotheus*, *κατὰ πόδα* (wörtlich) noch andere hingegen, z. B. *Anatolius* und *Cyrillus* *κατ' ἐπιτομὴν*, (auszugsweiſe) überſezt. Zur Erläuterung des Textes haben die griechiſchen Rechtsgelehrten Scholien und Gloſſen geſchrieben, erſtern hat Fabrott dem Texte beygefügt, leztere aber, welche Erklärungen dunkler Rechtswörter enthalten, ſind zuerſt von Carl Labbäus, Paris 1606. 8. geſammlet, und hernach noch mit vielen Zuſäzen und Verbeſſerungen auch mit den gelehrten Anmerkungen des Anton Schultings von Eberh. Otto dem dritten Tom des *Theſauri iuris Rom.* inſerirt worden.

libros Baſilικῶν in libros ſexaginta a Leone Imp. diviſos integros ad nos non perveniſſe, ſed libros tantum XLI.

20) Vorzüglich verdient hierbey das elegante Programm des H. Tribunals-Rath Höpfner Praetermiſſa quaedam de Βασιλικῶν libris Gieſſae 1774. nachgeſehen zu werden.

den. Matth. Roever [21]), Pet. Bondam [22]) und Pet. Lucret. Struchtmeyer [23]) haben dieſe Gloſſas nomicas hernach noch mehr berichtiget und erläutert.

§. 63.

Heutiger Gebrauch der Baſiliken

Dieſe Baſiliken, ſo weit ſie auf unſere Zeiten gekommen ſind, haben nun zwar heutiges Tages kein gerichtliches Anſehen, weil ſie in Teutſchland nicht recipirt worden ſind; indeſſen haben doch dieſe Bücher ihren groſen Nutzen bey der Erklärung des in Teutſchland geltenden Juſtinianeiſchen Rechts. Denn mit Hülfe derſelben können nicht nur manche corrupte Stellen emendiret, und recipirte, von Andern aber in Zweifel gezogene, Leſearten beſtärket werden, ſondern man kann auch aus denenſelben beurtheilen, ob etwa Gloßeme durch die Nachläſſigkeit der Abſchreiber in den Text eingeſchlichen ſind, und übrigens manche dunkele Stellen in unſerm Römiſchen Rechtskörper durch die Baſiliken vortreflich illuſtriret werden. Cujacius, der uns zuerſt den Weg zeigte, mit Hülfe jener griechiſchen Ueberbleibſel das juſtinianeiſche Recht zu erklären, und die übrigen Rechtsausleger, die ihm auf dieſem Wege nachgefolget ſind, unter welchen ich vorzüglich einen Abraham Wieling [24]) nenne, haben dieſen Nutzen der Baſi-

[21]) Specim. Obſervat. et emendat. ad gloſſas veteres verbor. iuris, hinter dem *Fragmento veteris ICti de iuris ſpeciebus* S. 41.

[22]) Animadverſion. criticae ad loca quaedam iuris civ. depravata cap. VI-X. in Oelrichs *Theſ. novo Diſſert. Belgicar.* Vol. II. T. 2. S. 197. u. folgg.

[23]) Epiſt. crit. in gloſſas nomicas Vltraj. 1769.

[24]) Lectiones iuris civ. *Trajecti ad Rhen.* 1740.

Baſiliken durch viele Beiſpiele auſſer allen Zweifel geſezt [25]). Inzwiſchen iſt auch hier viel Behutſamkeit nöthig. Denn einmahl würde man ſich ſehr irren, wenn man die Baſiliken ganz fehlerfrey halten wollte. Joh. Wilh. Hoffmann [26]) entdeckte nur allein in der Lehre von der Erbtheilung vierzehen Fehler. Sodann müſſen wir immer bedenken, daß die Baſiliken erſt lange Zeit nach Juſtinian verfertiget worden, die Verfaſſer derſelben manches aus dem Rechte der ſpätern Kaiſer eingemiſchet [27]), und daß ſelbſt die Verfaſſer der griechiſchen Verſionen, aus denen die Bücher der Baſiliken ſind compiliret worden, viel zu weit von denen Zeiten der alten Rechtsgelehrten und römiſchen Kaiſer, deren Geſetze ſie interpretirten, entfernt geweſen, als daß wir es ihnen zutrauen dürften, überall den Sinn derſelben gehörig gefaſſet zu haben [28]). Nicht jede Abweichung der Baſili-

25) Auch ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 280-292. und WALCH ad Eundem haben viel Beiſpiele geſammlet.

26) Meletemat. ad Pandect. Diſſ. XI. §. 2. *Baſilicorum ope innumera lucem et integritatem acceperunt iuris noſtri loca. — Vehementer autem illi falluntur, qui parum aut nihil, quod manum medicam deſideraret, in* Baſilicis *poſt* FABROTTI *diligentiam ſupereſſe putant. In una de familia erciſcunda tractatione quatuordecim naevos obſervavi, quos vel librariorum, vel operarum, vel ipſorum veterum interpretum reliquit negligentia.*

27) Beiſpiele hiervon haben BYNCKERSHOECK Obſerv. Iur. Rom. Lib. VIII. c. 17. HOFFMANN Meletemat. ad Pandect. Diſſ. XXXI. §. 4. und IENSIUS Notitia Baſilicor. *Stricturis ad Iuſtiniani Cod. et Pandect.* praefixa.

28) Mit recht ſagt daher VOORDA Elect. cap. V. S. 68. *Habet quidem Graecorum auctoritas in conſtituenda lectione,*

Baſiliken von dem Text des Juſtinianeiſchen Rechts darf uns demnach berechtigen, gleich eine Aenderung in den Geſetzen unſers Rechtskörpers vorzunehmen; nein, es muß offenbar ſeyn, daß die Stelle des juſtinianeiſchen Rechts corrupt ſey, wenn ſie aus den Baſiliken emendiret werden ſoll [29]). Dahero ich den Ausſpruch eines berühmten holländiſchen Rechtsgelehrten [30]) zu unterſchreiben kein Bedenken trage, welcher ſagte: *ex Baſilicis quidquam temere latino textui obtrudendum haud eſſe.* Eben dieſes iſt auch bey denen übrigen auf unſere Zeiten gekommenen kleinern griechiſchen Rechtsbüchern und Schriften der griechiſchen Rechtsgelehrten zu erinnern, welche unter den Nahmen *Synopſes*, *Epitomae*, *Ecclogae* und *Promtuaria* bekannt, und gröſtentheils aus den Baſiliken excerpirt worden ſind, obwohl auch hieraus mancher Nutzen zur Aufklärung des römiſchen Rechts geſchöpft werden kann.

§. 64.

ne, de qua ambigitur, pondus nonnunquam haud exiguum; ſed in indaganda atque exponenda ſententia, ubi minime dubia lectio eſt, nihilo unquam plus valet, quam cuiuslibet interpretis alius. Videre illi potuerunt, atque ſignificare etiam, quemadmodum ſcriptum fuerit in codicibus procul dubio emendatis maxime, certe antiquiſſimis; quo vero ſenſu quodque fuerit ſcriptum non magis potuerunt perſpicere, quam qui vixerunt poſtea. Hinc tot eorum in reddendis Veterum ſententiis errores, ab aliis deinde animadverſi ac notati.

29) WALCH ad Eckhardi Hermenevt. iuris. S. 548. und folg. Von dem Gebrauch dieſer griechiſchen Rechtsüberbleibſel hat auch Herr Prof. PÜTTMANN in Diſſ. de querela inoffic. teſtam. fratribus uterinis haud concedenda Cap. III. ein ſehr gründliches Urtheil gefällt.

30) *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. lection. iuris civ. S. 81.

§. 64.

Novellen des K. Leo.

Auſſer den Baſiliken hat K. Leo noch viele neue Verordnungen gemacht, welche unter der Aufſchrift Imp. LEONIS *Novellae Conſtitutiones, aut correctoriae Legum repurgationes* einen nicht unbeträchtlichen Anhang des Römiſchen Rechtskörpers ausmachen. Sie ſind wahrſcheinlich zwiſchen den Jahren 887. und 893. vom Kr. Leo ſelbſt aufgeſezt, jedoch nicht einzeln, ſondern alle zugleich und auf einmahl in derjenigen Sammlung bekannt gemacht worden, welche wir von ihnen haben [31]). Dieſe Sammlung beſtehet aus 113. Novellen, man hat jedoch in neuern Zeiten in verſchiedenen Bibliotheken, als in der Wiener, Uffenbachiſchen, und der des Ant. Auguſtinus noch manche nicht gedruckte Novellen des Kr. Leo entdeckt, welche in unſerer heutigen Sammlung nicht befindlich ſind [32]). Heinrich Scrimger gab die Novellen des K. Leo zuerſt in ihrer griechiſchen Urſprache 1558. heraus. Heinrich Agyläus überſezte ſie hierauf ins lateiniſche 1560. Von der Zeit an ſind ſie auch dem Römiſchen Corpus iuris angehängt worden, und die erſte Ausgabe, in welcher ſie nach der Verſion des Agyläus anzutreffen, ſcheint diejenige zu ſeyn, welche zu Lyon 1562. in Folio, wahr-

31) S. *Caſp. Achat.* BECK de Novellis Leonis Philoſophi, earumq. uſu et auctoritate lib. ſing. cum animadverſion. D. *Car. Frid.* ZEPERNICK. *Halae* 1779. 8. Cap. I. §. 5. und ZEPERNICK Praetermiſſa de vita, reb. geſtis, et conſtitut. in primis Novellis Leonis Sap. Sect. III. §. 13.

32) S. ZEPERNICK ad Beckii lib. de Novellis Leonis S. 58. und 328. u. folgg.

wahrſcheinlich durch die Beſorgung des Hugo a Porca herausgekommen iſt.

§. 65.

Heutiger Gebrauch derſelben.

Ob übrigens denen Novellen des Kaiſers Leo eine geſezliche Kraft in Teutſchland beizulegen, iſt eine Frage, worüber die Urtheile der heutigen Civiliſten nicht mit einander übereinſtimmen [33]. Ich meines Theils trage kein Bedenken, auf die Seite der verneinenden Parthey zu treten. Denn prüft man die Gründe, aus welchen einige Rechtsgelehrten verleitet worden ſind, jenen Novellen ein legales Anſehen in Teutſchland zuzueignen, ſo wird man finden, daß ein offenbarer Trugſchluß hierbey zum Grunde liegt. Weil ſie gefunden, daß in unſern Gerichten das nehmliche, was dieſe und jene

[33]) Unter denen, welche für den heutigen Gebrauch der Novellen des Kaiſers Leo ſtreiten, hat ſich *Caſpar. Achat.* BECK am meiſten ausgezeichnet, deſſen ſehr gelehrte Abhandlung de Novellis Leonis, earumque uſu et auctoritate beſonders nach der neueſten Ausgabe, Halle 1779. 8. die durch die vortreflichen Bemerkungen und eigenen Abhandlungen des gelehrten Herrn Director Zepernick einen ſo vorzüglichen Werth erhalten, daß ſie zu den claſſiſchen Schriften der eleganten Rechtsgelahrtheit allerdings zu zählen iſt, ſchon mehrmalen bisher angeführt worden. Allein wie wenig überzeugend die von Beck mühſam zuſammengehäufte Gründe ſind, haben der ſeel. Aſſeſſ. SEGER in Diſſ. de Leonis Philoſ. conſtitutionum Novellarum auctoritatae *Lipſiae* 1767. vorzüglich aber der gedachte Herr Dir. D. ZEPERNICK in Coniecturis, quibus ex cauſis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant, beym Beck S. 403 – 552. gründlichſt dargethan.

jene Verordnung des Kaiſers Leo enthält, gleichfalls beobachtet werde, ſo glauben ſie, hieraus die in Teutſchland geſchehene Aufnahme jener Novellen folgern zu können; — gerade als ob dies nicht aus andern Urſachen geſchehen, und folglich aus richtigern Gründen abgeleitet werden könnte. Es läſſet ſich alſo daraus ſo wenig eine allgemeine Reception aller Novellen des Krs Leo, als eine beſondere Aufnahme einzelner Verordnungen dieſer Art erweiſen. Denn wenn, um nur einige Beiſpiele hiervon anzuführen, heutiges Tages die Conventionalſtrafe bey Verlobungen zugelaſſen wird, ſo iſt der Grund davon keinesweges in der Aufnahme der Novellae XVIII. Leonis zu ſetzen, ſondern weil die Gründe, aus welchen das Juſtinianeiſche Recht den Anhang einer ſolchen Strafe bey Verlobungen für ungültig erklärt, in Teutſchland gänzlich wegfallen, und daher ſelbige nach den Sitten der Teutſchen von jeher vor verbindlich gehalten worden [34]), zumahl hiermit auch die Vorſchriften des kanoniſchen Rechts [35]) übereinſtimmen, als nach welchen eine Conventionalſtrafe nur bey den Verlobungen der Unmündigen für unverbindlich erkläret wird. Eben ſo vergeblich leitet man die heutige Gültigkeit der Erbverträge von der Reception der Nov. Leonis XIX. ab; denn nicht zu gedenken, daß daſelbſt nicht von Erbverträgen überhaupt, ſondern nur

[34]) Dies beweiſen die Beiſpiele, die man ſchon vorher bey den Teutſchen von ſolchen denen Eheverlöbniſſen angehängten Conventionalſtrafen findet, ehe einmahl die Novellen des Krs Leo in Teutſchland bekannt worden ſind, welche *Io. Aug.* HELLFELD in Diſſ. de effectu poenae conventionalis ſponſalibus adiectae *Ienae* 1760. §. XXIX. und Dir. ZEPERNICK in den angeführten Coniecturis Cap. I. §. XIV. S. 483. und folgg. geſammlet haben.

[35]) *cap. 29. X. de ſponſal.*

nur von einem beſondern Vertrage die Rede iſt, welchen ein Vater der Erbfolge wegen mit ſeinem verheyratheten Sohne geſchloſſen hatte, und den Leo gegen die Verordnung der Kr. Valentinian, Gallienus und Valerian L. 15. C. de pactis für gültig erklärt [36]); ſo ſind ja bekanntermaſſen bey den Teutſchen die Erbverträge nicht nur ſchon längſt vor Einführung des römiſchen Rechts üblich geweſen, und für verbindlich gehalten worden; ſondern ſie haben auch nachher dieſe ihre Gültigkeit gegen alle Gründe des römiſchen Rechts ſtandhaft behauptet [37]). Ich übergehe mehrere Beiſpiele, und bemerke nur noch, daß ſo wenig das Anſehen der ſo genannten pragmatiſchen Juriſten, als die Urtheile und Entſcheidungen einiger Gerichtshöfe, welche dieſe oder jene Novelle des Krs Leo, vielleicht aus bloſem Irrthum, angeführet, gegen die in Teutſchland angenommene Regel: quidquid non agnoſcit gloſſa, illud non agnoſcit curia, welche dieſen Novellen alles legale Anſehen in den Gerichten ſchlechterdings abſpricht, etwas gelten können. Ja ich zweifele ſogar noch, ob dieſe Novellen zur Erklärung des wirklich geltenden Juſtinianeiſchen Rechts überall denjenigen theoretiſchen Nutzen haben möchten, welchen ihnen doch wenigſtens ſelbſt diejenigen Rechtsgelehrten beylegen wollen, die übrigens die verbindende Kraft derſelben gänzlich läugnen [38]). Denn

36) S. ZEPERNICK am angef. O. §. XVI. S. 498. u. folg.

37) Man vergleiche HEBENSTREIT Vindiciae veri valoris pactor. ſucceſſor. tam iure rom. quam germ. *Erfordiae* 1768.

38) GALVANVS de uſufructu Cap. XXX. n. IV. S 377. *edit. Tubingenſ.* GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. I. cap. 136. HILLIGER im Donello enucleat. Lib. XXVI. c. 2. lit. A. *Chr. God.* HOFFMANN Hiſtor. Iuris. Lib. II. c. 2. §. 17.

Denn wie wenig es dem K. Leo mit aller ſeiner Philoſophie geglückt habe, in den Geiſt derjenigen römiſchen Verordnungen einzudringen, die er in ſeinen Novellen reformiren wollen, wie unbillig daher oft ſein Tadel? und wie unnöthig und grundlos oft ſeine Abänderungen des Civilrechts ſind, kann niemanden unbekannt ſeyn, der mit Aufmerkſamkeit dieſe Novellen geleſen hat [39]). Eben dieſes iſt auch von den übrigen Verordnungen der nachfolgenden Orientaliſchen Kaiſer zu behaupten, die unter der Aufſchrift Imperatoriae Conſtitutiones zuerſt vom Charondas aus des BONEFIDII *iure orientali* denen Novellen des Leo beygefüget worden ſind [40]).

§. 66.

Poſtjuſtinianeiſches Recht im Occident.

Nun zulezt noch ein Wort von denen im Occident nach Juſtinians Zeiten verfaßten Sammlungen römiſcher Geſetze, welche vorzüglich denen von den Barbaren unterjochten occidentaliſchen Römern zum Gebrauch dienten. Eine ſolche Sammlung ſcheint diejenige zu ſeyn, die erſt vor Kurzen Paul Canciani [41]) aus einem Codex der Domkirche zu Udien unter der Aufſchrift: Lex romana barbaris regnantibus obſervata in Italia, ediret hat, und einen Auszug eines Theils des juſtinianeiſchen Geſezbuchs enthält. Beſonders aber ziehet unſere Aufmerkſamkeit eine andere

39) Der Kürze wegen beziehe ich mich hier wieder auf die Anmerkungen des Herrn Dir. Zepernicks zum Beckiſchen Tractat de Novellis Leonis S. 124. und folgg. und Deſſelben Coniecturas Cap. I. S. 406. und folgg.

40) *Chriſtfr.* WAECHTLER Opuſcul. S. 592. und folgg.

41) Barbarorum Leges antiquae cum notis et gloſſariis Vol. IV. Venedig 1789. Fol. S. 461. und folgg.

re ähnliche Sammlung dieſer Art auf ſich, welche zuerſt, ich weiß nicht, wer? unter dem Titel: Corpus legum per modum inſtitutionum ab incerto auctore in compendium redactum — *Lovanii*, excudebat Barth. Gravius ann. 1551. heraus gab [42]) und jezt unter dem Nahmen *Brachylogus iuris civilis* allgemein bekannt iſt. Der ſeel. Reichshofr. von Senkenberg hat dieſen Brachylog am neueſten mit den Anmerkungen Ludwig Pesnots, Pard. Pratejus und Nicol. Reusners zu Frankfurt und Leipzig 1743. 4. wieder abdrucken laſſen. Verfaſſer, Zeitalter, Ort und Veranlaſſung dieſes Buchs ſind völlig unbekannt. Senkenberg ſezte es dem Alter nach wenigſtens in die Zeiten K. Juſtinus II. und ſchrieb ihm dem Inhalt nach ſogar gröſere Vollſtändigkeit, als dem juſtinianeiſchen Geſezbuche ſelbſt zu; allein die Beweiſe für dieſe Meinung ſind nicht überzeugend [43]). Daß inzwiſchen dennoch dieſem Brachylog, ſo wie der vorhingedachten Lex Romana der theoretiſche Nutzen nicht abgeſprochen werden kann, hat keinen Zweifel, daher ſelbige wenigſtens in dieſer Rückſicht anzuführen geweſen ſind.

B.

Vom Canoniſchen Rechte.

§. 67.

Begrif und heutige Gültigkeit deſſelben.

Unter denen in Teutſchland geltenden fremden Rechten, die wir als Quellen unſerer heutigen Privatrechtsgelahrt-

[42]) Mehrere Nachrichten davon giebt *Chriſt.* SAX in Onomaſt. litterar. P. II. S. 537.

[43]) S. PÜTTMANN Miſcellaneor. ad ius pertinentium Specim. II. Cap. 7.

gelahrtheit anzuſehen haben, behauptet nun auch noch inſonderheit das **Canoniſche Recht** ſeinen Platz. In der allgemeinſten Bedeutung genommen, verſtehet man unter **Canoniſches Recht** den Inbegrif aller der die Verfaſſung und rechtlichen Verhältniſſe der chriſtlichen Kirche beſtimmenden Anordnungen und Geſetze, welche ſeit Entſtehung derſelben bis auf den heutigen Tag unter mancherley Veränderungen gegolten haben [44]). Im engern Verſtande aber bezeichnet es blos den Inbegrif der in dem Corpus iuris canonici enthaltenen Verordnungen, und in dieſer Bedeutung nehmen wir es hier. Die vorhergegangenen Sammlungen des ältern canoniſchen Rechts [45]) betrachten wir alſo in dieſer Hinſicht nur als Hülfsmittel zur Geſchichte und Erklärung des leztern. Daß nun dieſes canoniſche Recht in dem engern Verſtande [46]) eine allgemeine verbindliche Kraft in Teutſchland habe [47]), und eben ſo gut, wie das Juſtinianeiſche Recht, in den teutſchen Reichs-

44) In weitläuftiger Bedeutung wird daher eine jede kirchliche Verordnung CANON genennt. S. GRATIANI *Decretum pr. Diſt. 3.*

45) Von dieſem habe ich umſtändlich gehandelt in meinen Praecognit. Iurispr. Eccleſ. Cap. III. Sect. II. §. 170. und folgg.

46) Eine Notiz von dem ganzen canoniſchen Rechtskörper habe ich in meinen vorhin gedachten Praecognitis S. 31-91. gegeben.

47) S. Pütters Abhandl. wie das päbſtl. canoniſche Recht in Teutſchland aufgekommen? in Deſſelben Beyträgen zum teutſchen Staats- und Fürſtenrechte 2. Theil (Göttingen 1779.) N. XXV. S. 53. und *Ioſ. Ant.* RIEGGER Diſſ. de receptione corporis iuris canonici in Germania in Deſſelben *Opuſculis ad Hiſtor. et Iurisprud. praecipue eccleſiaſt. pertinent.* Friburgi. 1773. S. 197. u. folgg.

Reichsgeſetzen theils ausdrücklich und nahmentlich [48]), theils ſtillſchweigend unter dem allgemeinen Ausdruck der gemeinen Rechte beſtättiget worden [49]), iſt eine Wahrheit, die wohl billig zu denen völlig ausgemachten und daher ganz unbeſtrittenen gehört; ſo wie es denn überhaupt auch eben ſo bekannt und ohne Zweifel iſt, daß ſich das päbſtliche Recht noch nach der Reformation ſelbſt unter den Proteſtanten im beſtändigen Werthe und Anſehen erhalten habe, ſo ſehr ſich auch Luther bemühete, daſſelbe aus den evangeliſchen Gerichten gänzlich zu verdrengen und auszurotten [50]). Allein wenn die Frage iſt, wieweit das canoniſche Recht in den teutſchen, und beſonders evangeliſchen Gerichten gelte, oder nicht gelte, ſo finden wir hierin eine groſſe Verſchiedenheit in den Meinungen der Rechtsgelehrten, indem einige den Gebrauch des canoniſchen Rechts blos auf einzelne Materien einſchränken, andere hingegen denſelben durch gewiſſe Regeln zu beſtimmen ſuchen. Um mich jedoch hierauf nicht einlaſſen zu dürfen, will ich mich der Kürze wegen nur auf die unten angeführten [51]) Schriften beziehen, wor-

Aa 3 in

[48]) Reichshofraths-Ordnung Tit. 7. §. 24.

[49]) Kaiſerl. Cammergerichts-Ordnung Th. I. Tit. 71. Neueſter Reichsabſchied §. 105.

[50]) Die Gründe, warum die gänzliche Abſchaffung des canoniſchen und päbſtlichen Rechts bey der Reformation nicht möglich geweſen, habe ich in meinen angeführten Praecognitis S. 332. und folgenden entwickelt.

[51]) Ich will unter denen hierher gehörigen genugſam bekannten Schriften vorzüglich des ſeel. Canzlers Juſt. Henning Böhmers beyde Abhandlungen 1) de praxi iuris canonici in terris proteſtantium Halae 1712. 2) de media via in ſtudio et applicatione iuris canonici inter Proteſtantes tenenda, in EIUS *Exer-*

in man die verſchiedenen Meinungen geprüft finden wird, und gleich mit wenigen Worten meine Meinung ſagen, welche in folgendem Saz enthalten iſt: das canoniſche Recht hat in ſoweit noch heutiges Tages in Teutſchland eine unſtreitige Gültigkeit, als die darin enthaltenen Vorſchriften nicht andern in Teutſchland geltenden Geſetzen, welche dieſem Rechte vorzuziehen, zuwider ſind, und ſelbige überhaupt mit der heutigen Verfaſſung Teutſchlands und dem Zuſtande der teutſchen, insbeſondere aber der proteſtantiſchen Kirche beſtehen können. Daß nach dieſer Regel das canoniſche Recht heutiges Tages nicht mehr in allen Stücken diejenige Gültigkeit behaupten könne, die daſſelbe anfangs und bey der Einführung deſſelben in Teutſchland gehabt, iſt auſſer allen Zweifel, wenn man bedenkt, wie ſehr ſeit der Zeit die Verhältniſſe der päbſtlichen zur weltlichen Macht ſich verändert, und was ſeit der Reformation der Zuſtand der teuſchen Kirche, als welche von dieſer Zeit an ſich in zwey Hauptparthenen, die catholiſche und proteſtantiſche, theilt, für eine groſe Veränderung erlitten hat. Es iſt demnach ganz natürlich, daß durch die Reformation ſchon an und für ſich alle diejenigen Geſeʒe des canoniſchen Rechtskörpers ſoweit ihre Gültigkeit verlohren haben, als dieſelbe mit dem Zuſtande der durch die Reformation entſtandenen neuen proteſtantiſchen Kirche nicht beſtehen können. Da aber dieſer Zuſtand der proteſtantiſchen Kirche theils aus der Verſchiedenheit der Religion

Exercitat. ad Pandect. T. I. p. 344. und das neueſte Program meines unvergeßlichen Freundes des ſeel. Hrn. Hofraths Schott de auctoritate iuris canonici inter evangelicos recepti eiusque uſu apto moderando. *Erlangae* 1781. empfohlen haben.

gion ſelbſt, theils aus der Verſchiedenheit der innern Verfaſſung dieſer Kirche von der katholiſchen Kirchenhierarchie entſtehet: ſo erhellet hieraus, daß alle diejenigen im canoniſchen Rechte enthaltenen Geſetze mit dem Zuſtande der proteſtantiſchen Kirche nicht beſtehen können, welche entweder den Grundſätzen der proteſtantiſchen Religion oder der innern Verfaſſung dieſer Kirche entgegen ſind. Wie nothwendig iſt es demnach nicht, daß man ſich einen richtigen Begrif von dem heutigen Zuſtande, ſowohl der evangeliſchen als der catholiſchen Kirche mache, daß man ferner eine genaue Kenntniß der verſchiedenen Lehrſätze der catholiſchen und proteſtantiſchen Theologie habe, und überall das canoniſche Recht aus ſeinen rechten Gründen herleite, um heutiges Tages bey der ſo groſen Verſchiedenheit unſerer Zeiten von jenen, aus welchen das canoniſche Geſezbuch herrührt, keinen unrichtigen Gebrauch davon zu machen [52])? Auch ſelbſt unter den Katholiken hat das canoniſche Recht viel von ſeiner Gültigkeit verlohren, und kann daher nicht anders als mit groſer Behutſamkeit unter denenſelben angewendet werden, indem nicht nur das Tridentiniſche Concilium und andere neuere bey ihnen geltende Geſetze beträchtliche Abänderungen deſſelben enthalten, ſondern auch das ganz im Tone einer allgemeinen und oberſten geiſtlichen Macht von den Päbſten abgefaßte canoniſche Geſezbuch durchaus nicht mit dem heutiges Tages herrſchenden Epiſcopalſyſtem beſtehen

[52]) S. *Io. Heinr. de* BERGER Progr. de genuino iuris canonici uſu; ſeu de ſumma circumſpectione et cautione in legendo iure canonico eiusque Interpretibus doctori Proteſtantium adhibenda. Viteb. 1706. und in Deſſelben *Philocalia fori*, S. 173. auch meine Praecognita iuris Eccleſ. S. 82. und folgenden.

hen kann. Nicht zu gedenken, daß die heutige durch den Religions- und Weſtphäliſchen Frieden ſtabilirte Verfaſſung des teutſchen Reichs, und die reichsgeſezmäſige Beſtimmung der Grenzen zwiſchen der geiſtlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit viele Verordnungen des canoniſchen Rechts ganz unanwendbar macht [53]). Daß übrigens durch das canoniſche Recht in den Materien des römiſchen Civilrechts manche wichtige Veränderung gemacht worden, iſt zwar überhaupt bekannt genug; nur dürfen wir hierin nicht allzuvoreilig ſeyn, und gleich eine jede päbſtliche Verordnung, welche mit den Grundſätzen des römiſchen Rechts nicht übereinzuſtimmen ſcheint, für eine Abänderung des leztern halten, indem die Päbſte zuweilen nur eine locale Gewohnheit beſtättiget, oder zum Grunde ihrer Entſcheidung genommen haben [54]).

Es

53) So z. B. iſt es ein Grundſaz des canoniſchen Rechts, daß cauſae iuramentorum vor die geiſtliche Gerichtsbarkeit gehörten, *c. 34. X. de Elect. c. 8. X. de arbitris, c. 13. X. de iudic. c. fin. de foro compet.* in *6to* und nur die Päbſte allein glaubten als Chriſti Vicarien berechtigt zu ſeyn, von der Verbindlichkeit der Eide loszuſprechen, und überhaupt über die Gültigkeit oder Ungültigkeit derſelben zu urtheilen. *c. 34. X. de elect.* Daß die Päbſte dieſer Grundſätze blos als Nahrungsmittel ihrer Herrſchſucht über Monarchen und Unterthanen ſich bedienet, ſahen Fürſten und Laien ſchon in jenen finſtern Zeiten ein, und heutiges Tages zweifeln weder Catholiken noch Proteſtanten mehr daran, daß der ordentliche Richter, vor welchem der Rechtsſtreit ſchwebt, er ſey geiſt- oder weltlicher, über einen Eyd erkennen, und ihn aus rechtmäſiger Urſach für nichtig erklären könne. S. MALBLANC doctrina de iureiurando Lib. V. cap. II. §. 123. und Eybel Einleitung in das katholiſche Kirchenrecht IV. Th. 2. Band §. 394. not. i. S. 128.

54) Beiſpiele davon geben *c. 10.* und *13. X. de teſtament.*

wes.

Es iſt auch unläugbar, daß manche Irthümer aus der Gloſſe des römiſchen Rechts in die Decretalen gefloſſen ſind [55]). In wiefern nun in ſolchen Fällen, da das canoniſche und römiſche Geſezbuch ſich in ihren Vorſchriften widerſprechen, das eine für den andern den Vorzug behaupte, werde ich weiter unten beſtimmen, wenn ich auf die Ordnung komme, in welcher die in Teutſchland vorhandene mancherley Privatgeſetze bey ihrer Anwendung auf einander folgen.

2. Abſchnitt

von den in Teutſchland geltenden einheimiſchen Geſetzen, welche wir als Quellen der bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrſamkeit anzuſehen haben.

---

§. 68.

Eintheilung der teutſchen Geſetze in alte, mittlere und neue.

Wir ſchreiten nun zur zweiten Hauptclaſſe von Quellen unſerer bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrſamkeit, welche die in Teutſchland geltende **einheimiſche Geſetze** ausmachen. Auch hier würde es ganz wider meine Abſicht ſeyn, wenn ich mich in eine umſtändliche hiſtoriſche Entwicklung des Urſprungs und Schickſale dieſer Geſetze einlaſſen wollte, da ich die Kenntnis der

weshalb *Phil.* HEDDERICH Diſſertat. iuris eccleſ. germ. Vol. I. Bonnae 1783. 4. S. 69. und folgg. und Meine Opuſcula. Faſcic. 1. S. 145. folgg. nachgeſehen werden können.

55) S. ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. VIII. §. 339. und folgg. und WALCH in notis ad Eundem.

Rechtshiſtorie bey meinen Leſern billig vorausſetzen kann [56]). Es iſt mir alſo zu meinem Zweck hinreichend, die teutſchen Geſetze nur lediglich in Rückſicht ihres heutigen Gebrauchs in die alten, mittlern und neuen einzutheilen. Zu den teutſchen Geſetzen der erſtern Art rechne ich theils die Geſetze der alten teutſchen Völker, die Saliſchen, Ripuariſchen, Alemanniſchen, Bayeriſchen, Frieſiſchen, Sächſiſchen u. ſ. w. (Autor §. 76.) welche auſſer Herold, Lindenbrog und Georgiſch, neuerlich Paul **Canciani** [57]) wieder herausgegeben, theils die Capitularien der Fränkiſchen Könige, wovon Stephan **Baluze** [58]) unſtreitig die beſte und richtigſte Ausgabe geliefert, und von welcher zu Paris durch Peter von Chiniac eine neue vermehrte und ver-

[56]) Zum Ueberfluß empfehle ich hierbey SILBERRAD ad Heineccii hiſtor. iur. germ. Heumanns Geiſt der Geſetze der Teutſchen, Fiſchers Litteratur, und Geſchichte des teutſchen Rechts, *de* SENCKENBERG Viſiones de collectionibus Legum germanicarum, und beſonders Herrn Prof. D. *Chriſt. Gottl.* BIENER Commentarii de origine et progreſſu Legum iuriumque germanicor. P. I. Lipſiae 1787. 8.

[57]) Barbarorum leges antiquae cum notis et gloſſariis. Accedunt formularum faſciculi et ſelectae conſtitutiones medii aevi. Collegit, plura notis et animadverſionibus illuſtravit, monumentis quoq. ineditis exornavit *F. Paul.* CANCIANI *ord. Serv. B. Mariae Virg. S. T. D.* Vol. I. *Venetiis* 1781. Vol. II. 1783. Vol. III. 1785. Vol. IV. 1789. Fol.

[58]) Capitularia Regum Francorum. Additae ſunt Marculfi Mon. et aliorum formulae veteres et notae doctiſſ. viror. *Steph.* BALUZIUS in unum collegit, notis et indice illuſtravit. Paris 1677. Venet. 1772. 1773.

verbeſſerte Auflage beſorgt wird [59]). Die Geſetze des mittlern Alters ſind vorzüglich in denen zu dieſen Zeiten erſchienenen Sammlungen, den Sachſenſpiegel, Schwabenſpiegel, Kaiſerrechte u. ſ. w. enthalten [60]) Endlich die ſeit der öffentlichen Einführung des römiſchen Rechts bis auf unſere Zeiten erſchienene teutſche Privat-Geſetze gehören zur dritten Claſſe, nehmlich zu den neuen teutſchen Privatgeſetzen. Z. B. die im Jahr 1512. publicirte Notariatsordnung Maximilians I. K. Carls V. Edict von der Erbfolge der Bruderskinder de 1529. Deſſelben Polizeyordnung vom Jahr 1530. Deſſelben peinliche Gerichtsordnung vom J. 1532. Ferner die unter K. Rudolph II. im Jahr 1577. neue oder reformirte Polizeyordnung, der ſogenannte jüngſte Reichsabſchied vom Jahr 1654. Desgleichen der bekannte Reichsſchluß von Abſchaffung der Mißbräuche bey Handwerkern, welcher am 16. Auguſt 1731. bekannt gemacht, und im Jahr 1772. erneuert und mit neuen Beſtimmungen vermehret worden u. ſ. w. [61]).

§. 69.

Vom heutigen Gebrauch der alten und mittlern teutſchen Rechte.

Ob nun wohl jene alte und mittlere teutſchen Rechte, ſoviel deren heutigen Gebrauch anbetrift, zur Aufklärung des heutigen teutſchen Rechts in ſolchen Geſchäften, welche blos aus teutſchen Sitten und Verfaſſungen ihren Urſprung herleiten, und aus denenſelben zu

52) *Lutetiae Pariſ.* 1780. Fol.

60) S. *de* SENCKENBERG et *de* KOENIGSTHAL Corpus iuris germ. publici et privati.

61) Siehe Neue Sammlung der Reichsabſchiede ſammt den wichtigſten Reichsſchlüſſen T. I-IV. Frankf. 1747. Fol.

zu entſcheiden ſind, allerdings ihren groſen Nutzen haben [62]), indem hier, ohne die gröſte Verwirrung zu veranlaſſen, die Grundſätze des römiſchen Rechts nicht angewendet werden können (§. 60.); ſo läſſet ſich doch deshalb eine allgemeine und unſtreitige Gültigkeit derſelben heutiges Tages nicht erweiſſen, da eines Theils noch vielen Zweifeln unterworfen iſt, ob ſelbige ehedem in Teutſchland wirklich ſo allgemein eingeführt geweſen, als vorgegeben wird, indem es vielmehr an allgemeinen Geſetzen im teuſchen Privatrechte, auch von ältern Zeiten her, faſt gänzlich mangelt [63]); andern Theils, wenn auch ein ſolches allgemeines teutſches Recht in den ältern Zeiten als erwieſen angenommen werden könnte, dennoch in den neuern Zeiten, und zwar ſchon ſeit mehrern Jahrhunderten her das römiſche und andere gemeine Rechte einen ſolchen Eingang in Teutſchland gefunden, daß ſie nunmehro unſtreitig zur geſezmäſigen Richtſchnur dienen, mithin es heutiges Tages immer quaeſtio facti iſt, ob eine dergleichen Gewohnheit des alten und mittlern teutſchen Rechts, als man anführt, ſich bis auf den heutigen Tag wirklich erhalten haben, welches daher nicht vermuthet werden kann, ſondern von demjenigen, welcher es behauptet, bewieſen werden muß [64]).

Nicht

62) David Georg Strubens Abhandlung von dem Misbrauch und guten Gebrauch der alten teutſchen Rechte in Deſſelben Nebenſtunden V. Theil S. 1-82.

63) *Io. Sam. Frid.* BOEHMER Progr. de praeiudicio iuris germ. in cauſis privatis Frfti 1750. und *Frid. Henr.* MYLII Diſſ. de genuino iuris germ. univ. hodierni civilis conceptu, Lipſ. 1751. auch Deſſelben Diſſ. de iure conſuetudinario univerſali Germaniae medii aevi. Lipſ. 1756.

64) Verſchiedene Rechtsgelehrte wollen zwar das Gegentheil behaupten, weil die Abſchaffung eingeführter Gewohnheiten

Nicht zu gedenken, daß überhaupt die noch heutiges Tages vorhandenen Sammlungen alter teutſcher Rechte und Gewohnheiten meiſt Privatwerke ſind, welche auch nie durch kaiſerliche Verordnungen eine allgemein verbindende geſezliche Kraft erhalten haben; daher ihrer auch weder in der Cammergerichts- noch Reichshofraths-ordnung unter den heutigen Rechten, wornach geſprochen werden ſoll, Erwähnung geſchiehet. Hieraus ergibt ſich alſo die Regel, welche heutiges Tages nicht nur von den bewährteſten teutſchen Rechtsgelehrten [65]) angenommen, ſondern auch ſelbſt im teutſchen Gerichtsgebrauch [66]), ja

ten nicht zu vermuthen, z. B. RINCK de ſpeculo Saxonico fonte iuris Saxonici communis Altorf. 1725. KESTNER Problem. de defectibus iuris communis Rintel. 1736. Problem. IV. u. a. m. Allein Struben a. a. O. §. XXVII. und Herr Prof. D. KIND in Progr. de Speculi Saxonici uſu et auctoritate Lipſiae 1783. §. IV. u. folg. haben dieſe Meinung gründlich widerlegt.

65) *Ben.* CARPZOV P. II. Conſt. 35. def. 8. n. 4. und an mehrern Orten, *Hartm.* PISTOR P. II. Quaeſt. 25. n. 35. Qu. 26. n. 18. *Pet.* HEIGIUS Quaeſt. iuris P. II. Qu. 17. n. 43. *Chr. Phil.* RICHTER Deciſ. 28. n. 15. *Io.* SCHILTER Praxi Iur. Rom. Ex. I. §. 13. *Io. Nic.* HERTIUS Diſſ. de conſult. legib. et iudic. in ſpecial. rom. germ. imp. rebuspubl. §. XV. *Sam.* STRYCK praefat. Uſ. Mod. Pand. §. XXVII. *Nic. Chriſt. de* LYNCKER Deciſ. 1264. und Reſp. 55. n. 3. und 66. *Io.* WERLHOF Spec. I. de iure germanis patrio p. 182. ſeq. *Io. Melch. de* LUDOLF Obſervat. forens P. III. Obſ. 222. p. 426. Joh. Steph. Pütter in Rechtsfällen I. Band S. 157. und II. Band S. 202. *Io. Heinr. Chriſt. de* SELCHOW Elem. iuris germ. privati hodierni §. 36. *Ge.* LENNEP Abhandl. von der Leyhe zu Land-Siedelrecht. S. 222. u. a. m.

66) *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. XII. S. 365. und folg. und S. 422. u. folg. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diſſ.

ja ſelbſt bey den höchſten Reichsgerichten [67]) eingeführt iſt, daß die urſprünglich teutſchen Rechte und Gewohnheiten des alten und mittlern Zeitalters nur in ſo weit heutiges Tages mit Grunde angeführet werden können, ſo fern erweislich iſt, daß ſolche in dem Lande oder in der Stadt oder Familie, wovon die Rede iſt, bis auf den heutigen Tag durch Statuten, Verträge, oder Herkommen beybehalten worden.

§. 70.

Von der Gültigkeit und Erklärung der neuen teutſchen Privatgeſetze. Erläuterung der Regel: *Statuta interpretanda ſunt ex iure communi.*

Die neuern teutſchen Privatgeſetze ſind in Anſehung ihrer Gültigkeit, zwiefach, gemeine, nehmlich Reichsprivatgeſetze, und teutſche Particulargeſetze, nehmlich Landes- und Stadtgeſetze. Wir bemerken hiervon folgendes:

1) Wenn ein teutſches Reichs- oder particulares Landesgeſetz oder Statut gewiſſe Verordnungen der gemeinen in Teutſchland recipirten fremden Rechte ausdrücklich oder ſtillſchweigend aufgehoben, ſo iſt davon weiter kein Gebrauch zu machen [68]). Denn die frem-

Diſſ. de proëdria Legum Iuſtinianearum prae iure patrio antiquo in foris Germanorum. Lipſiae 1739. und die in voriger Note angeführte Pragmatiker beſtärken dieſen Gerichtsgebrauch durch die von ihnen angeführten vielen Beiſpiele.

67) S. *Io. Ulr. L. B. de* CRAMER Obſervat. iur. univ. T. I. Obſ. 422.

68) S. Herrn Prof. Weſtphals teutſches und Reichsſtändiſches Privatrecht 1. Th. 1. Abh.

fremden Rechte ſind nur als Hülfsrechte in Teutſchland angenommen (Aut. §. 79.), und müſſen alſo denen teutſchen Geſetzen weichen, wenn ſie durch dieſelben abgeändert worden ſind. So z. B. gehen in Vormundſchaftsſachen, desgleichen in der Materie von Zinſen die Reichsgeſetze von dem römiſchen Recht ganz ab. Es kommt alſo hierin heut zu Tage auf die Vorſchriften der gemeinen Reichsgeſetze hauptſächlich an. Eben ſo iſt es, wenn z. E. ein Stadtgeſez deutlich beſagt, ein Erblaſſer ſey nicht gehalten, ſeinen Geſchwiſtern etwas zu vermachen [69]; der Richter kann hier nicht die Ausnahme hinzu denken, wenn eine ehrloſe Perſohn zum Erben eingeſezt, und den Geſchwiſtern vorgezogen worden [70].

2) Wenn hingegen eine Verordnung in denen teutſchen Reichs- oder particularen Landesgeſetzen aus dem fremden Rechte herfließt, und dieſe unvollſtändig, oder dunkel und zweifelhaft, in dem fremden Rechte aber weit deutlicher beſtimmt iſt, ſo iſt ſie aus dieſem allein füglich zu erklären, in ſo weit nehmlich das einheimiſche Geſez mit dem fremden Rechte einſtimmig iſt [71]. Denn jedes Geſez muß aus ſeiner Quelle erkläret werden. Wenn demnach z. B. ein Reichs- oder Landesgeſez von Teſtamen-

69) Nürnberg. Reformation Tit. XXIX. n. 8.

70) Anderer Meinung ſind zwar Struben in Nebenſtunden V. Th. 32. Abh. §. 12. und *Io. Mich. Frid.* LOCHNER in Select. iuris univerſi, oder Sammlung verſchiedener in die Rechtsgelehrſamkeit gehöriger Materien und Fälle. II. Stück. N. I. S. 146. Allein man ſehe vorzüglich *Ge. Chriſt. Alb.* SPIES Diſſ. de cauta germanicorum mixti generis ſtatutorum interpretatione. Altorf. 1764. §. VIIII.

71) S. *Chriſt. Gottl.* RICCIUS von Stadtgeſetzen oder Statutis. II. Buch. XI. Hauptſt. §. 12. S. 447. und folgg.

ſtamenten, oder von den Wirkungen der römiſchen väterlichen Gewalt, disponirt, ſo iſt ein ſolches, wenn es undeutlich und unvollſtändig iſt, allerdings aus dem römiſchen Rechte zu erklären. Eben deswegen kann auch die Vorſchrift der Reichsgeſetze, welche die Gröſſe rechtmäſiger Zinſen auf 5. pro Cent feſtſetzen, nicht mit Ausſchlieſſung derjenigen Fälle verſtanden werden, wo die fremden Rechte Ausnahmen machen, und mehr als ſonſt gewöhnliche Zinſen erlauben, als z. B. wenn der Gläubiger die Gefahr des Capitals trägt, wie bey Aſſecuranzen, Bodmerey und Leibrenthen Contract. Denn die Verordnung der Reichsgeſetze iſt wirklich unbeſtimmt und zweifelhaft, weil ſie eigentlich nur von Verzugszinſen redet.

3) Wenn ein einheimiſches Geſez von ſolchen Gegenſtänden redet, die ganz teutſchen Urſprungs ſind, und bey deren Erklärung man das römiſche Recht ſehr übel und unſchicklich anwenden würde, ſo muß daſſelbe aus einheimiſchen Grundſätzen, d. i. aus ächten teutſchen Rechten und Gewohnheiten ſeine Erläuterung bekommen [72]). Dieſes folgt ebenfalls daraus, weil Geſetze aus ihrer Quelle zu erklären ſind. Man ſetze z. B. ein Statut oder teutſches Particulargeſez, rede von der Gemeinſchaft der Güter unter Ehegatten, oder von der ſtatutariſchen Portion derſelben, oder von der ehelichen Errungenſchaft; oder vom Wittum, oder der Einkindſchaft, u. d. m. es

[72]) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Ulr.* CRAMER Diſſ. de interpretatione ſtatutorum. *Marburgi* 1739. Cap. II. §. 8. und des um die Litteratur ſo verdienſtvollen Herrn D. Joh. Chriſt. Koppe ſchönes Program über die nothwendige Kultur und Erlernung des teutſchen Privatrechts. Roſtok 1789. 4.

wäre aber dergleichen Statut nicht ganz deutlich, und unvollſtändig, ſo iſt daſſelbe aus dem, was gemeiniglich bey dieſen Gegenſtänden teutſchen Rechtens zu ſeyn pflegt, zu ergänzen und zu erklären. Dies iſt der Sinn der bekannten Regel: **daß die teutſchen Particulargeſetze aus dem gemeinen Rechte zu erklären.** (*Statuta interpretanda ſunt ex iure communi*) [73]. **Gemeines Recht** iſt alſo nicht allein das fremde in Teutſchland aufgenommene Recht, ſondern auch gemeines teutſches Recht, was unſere Reichsgeſetze enthalten, oder gemeine Gewohnheiten mit ſich bringen.

4) **Sind teutſche Particulargeſetze aus andern ſtatutariſchen Rechten erzeugt worden, ſo müſſen ſie aus dieſen ihren Müttern zunächſt erkläret werden** [74]. Denn dieſe ſind die Quellen, woraus jene gefloſſen ſind. Man muß daher die Erzeugung eines ſtatutariſchen Rechts aus dem andern kennen, und dieſe lehrt uns die teutſche Rechtsgeſchichte. So z. B. iſt aus dem Söſter⸗Recht das Lübiſche, Hamburgiſche, Mindenſche, Lippiſche u. a. m. entſtanden. Uebrigens finden

5) **bey Erklärung teutſcher, ſowohl allgemeiner als particulärer, Geſetze die gemeinen Grundſätze der Auslegungskunſt ſtatt.** Daher es eine ganz irrige und längſt verworfene Meinung

[73]) *Sim. Pet.* GASSER Diſſ. de brocardico vulgari, *ſtatuta ex iure communi eſſe interpretanda.* FREISLEBEN Diſſ. de interpretatione ſtatutorum ex iure communi. RIVINUS num iura ſtatutaria dubia vel obſcura ex iure Rom. declarari vel ſuppleri debeant. HOMMEL Rhapſod. Obſ. 660.

[74]) Weſtphal a. a. O. §.17.

nung iſt, wenn man ehedem ſich überredete, daß Statuten jederzeit ſtreng nach den Worten erklärt werden müßten [75]). So z. B. gilt die in vielen Gegenden Teutſchlands aus dem Sächſiſchen und Lübiſchen Recht angenommene Regel: **Hand muß Hand wahren**, nicht allein bey Verſetzungen und Verleihungen, ſondern man wendet ſie auch bey Hinterlegung der Sachen, gegebener Vollmacht, und ähnlichen Fällen an; weil in dem einen wie in dem andern Falle der Grund dieſer Regel eintrit, welcher in der Erhaltung des gemeinen Glaubens und Zutrauens im Handel und Wandel zu ſuchen iſt. Endlich

6) verſtehet ſichs von ſelbſt, daß wenn die beſondern teutſchen Geſetze von den Reichs-Privatgeſetzen abgehen, oder in den Stadtgeſetzen ein oder der andere Artikel anders als in den Landesgeſetzen abgefaſſet iſt, das beſondere Geſez nur allein zur Entſcheidung dienen könne. Dies will die bekannte Regel: **Stadt-Recht bricht Landrecht, Land-Recht bricht gemein Recht** [76]).

§. 71.

In welcher Ordnung folgen die in Teutſchland geltende mancherley Gattungen von Privatgeſetzen bey ihrer Anwendung auf einander? Erſte Regel.

Da es nun alſo in Teutſchland ſo mancherley Rechtsquellen giebt, aus welchen die Grundſätze des bürgerlichen Privatrechts herzuleiten ſind, ſo kann es nicht anders ſeyn, als daß ſie ſich oft in ihren Vorſchriften

75) ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. II. c. I. §. 18. und folgg.

76) RICCIUS a. a. O. IX. Hauptſt. S. 424. und folgg. Eiſenharts Grundſätze des T. Rechts in Sprüchwörtern S. 1. Pütters Beyträge zum T. Staats- und Fürſtenrechte 2. Th. N. XXII. S. 23.

ſchriften widerſprechen müſſen. Es entſtehet alſo die Frage, welches Recht im Colliſions-Falle den Vorzug vor dem andern habe, und in was für einer Ordnung die mancherley Geſetze, von welchen wir bisher gehandelt haben, bey ihrer Anwendung auf einander folgen? [77]) (Aut. §. 81.) Hier finden nun folgende Regeln ſtatt.

I. Die in Teutſchland geltende einheimiſchen Geſetze und Gewohnheiten gehen denen in Teutſchland recipirten fremden Rechten vor. Denn leztere ſind nur in ſubſidium angenommen, wenn es an erſtern mangelt [78]) Ob nun gleich die neuern teutſchen Reichs- und Landesgeſetze, Statuten und Gewohnheiten ohne alle Einſchränkung den Vorzug vor den fremden Rechten behaupten; ſo iſt doch in Anſehung der ältern bereits vor Einführung des römiſchen Rechts in Teutſchland üblich geweſenen teutſchen Rechte und Gewohnheiten, und derjenigen, ſo in den Rechtsſammlungen des Mittelalters, nehmlich dem Sachſenſpiegel, Schwabenſpiegel u. ſ. w. enthalten ſind, ein Unterſchied unter den gemeinen Privatperſohnen und unter den erlauchten Perſohnen des teutſchen Reichs zu machen; indem ſelbige in Anſehung der erſtern nur allein in ſofern dem fremden Rechte vorgehen, als ſie beybehalten worden ſind, und deren Obſervanz von demjenigen erwieſen werden

 kann,

[77]) S. H. Hofr. Schnauberts Abhandl. in was für einer Ordnung folgen die mancherley Entſcheidungsquellen bey ihrer Anwendung auf Privatſachen auf einander; in Deſſelben Beyträgen zum teutſchen Staats- und Kirchenrecht. I. Th. N. IV. S. 54-61. und NETTELBLADT Syſtem. elem. iurispr. poſ. Germ. comm. § 181.

[78]) Reichshofr. Ordnung Tit. 2. §. 15.

kann, der ſich in denſelben gründet, da im Gegentheil das alte und mittlere teutſche Recht unter den erlauchten Perſohnen mehr im Gebrauch geblieben iſt [79]).

§. 72.

Zweyte Regel.

Inſofern nun aber unter mehrern einheimiſchen Geſetzen ein Widerſpruch ſich findet, gehen die beſondern teutſchen Privatgeſetze in der Regel denen gemeinen Reichsgeſetzen vor, es wäre denn, daß die Entſcheidung der vorliegenden Sache in einem durchaus und ſchlechterdings gebietenden oder verbietenden Reichsgeſez gegründet wäre, in welchem Falle ſodann ein ſolches die erſte und einzige Entſcheidungsquelle ſeyn wird, weil gegen ein ſolches Geſez keine widrige Verordnung ſtatt findet (§. 24.). Z. B. Wenn eine ſtreitige Handwerksſache ſchon im Reichsſchluß vom Jahr

79) S. Joh. Luc. Steins Disquiſ. hiſt. iurid. an, et quatenus iuri Rom. competat praerogativa prae veteri iure germ. in decidendis controverſiis iudicial. *Roſtock.* 1747. 8. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diſſ. de proëdria Legum Iuſtinian. prae iure patrio antiquo in foris germanor. *Lipſiae* 1739. *Io. Ulr.* CRAMER Progr. de praeſumtione pro iure Rom. contra mores antiquos Germanor. *Marb.* 1737. *Io. Sal.* BRUNQUELL Commentat. de praeferentia iuris germanici pugnantis cum Rom. niſi huius receptio probetur in cauſar. illuſtrium deciſionib. *Francof. et Lipſ.* 1743. 4. *Caſp. Heinr.* HORN Diſſ. de praerogativa morum Germaniae in concurſu cum LL. receptis. *Vitembergae* 1702. Vorzüglich aber Joh. Steph. Pütters Abhandl. von dem vorzüglichen Gebrauch der einheimiſchen gemeinen Rechte unter den teutſchen hohen Adel; in Deſſelben Beyträgen zum teutſchen Staats- und Fürſtenrechte 2. Th. N. XXIX.

Jahr 1731, wegen der Handwerksmißbräuche entſchieden iſt, ſo muß dieſes Reichsgeſez ohne Rückſicht auf beſondere Statuten und Artikel ſogleich angewendet werden.

§. 73.

Dritte Regel. Colliſion beſonderer teutſcher Privatgeſetze 1) einerley Landes.

Wenn die beſondern teutſchen Privatgeſetze nicht übereinſtimmen, ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob ſie einerley Landes oder verſchiedener Territorien ſind; im erſten Fall gehet das mehr beſondere Geſez dem weniger beſondern vor nach der Regel: Stadtrecht bricht Landrecht [80]). (§. 70.)

§. 74.

Colliſion teutſcher Particulargeſetze, 2) verſchiedener Territorien. Erſte Regel.

Sind im Gegentheil die beſondern Geſetze verſchiedener Territorien einander entgegen [81]), ſo kommt es entweder blos auf die Art des gerichtlichen Verfahrens (Proceß), oder auf die Beſtimmung der Rechte und Verbindlichkeiten ſelbſt an. Im erſten Fall gehen die beſondern Geſetze des Gerichts, wo die Klage erhoben wird, allen andern vor. (§. 44. S. 279.) Z. B. Wechſelproceß, Concursordnung ſind nach den Geſetzen des Landes zu beurtheilen,

80) *Chr. Amand.* DORN Progr. de paroemia: Stadtrecht bricht Landrecht. *Kilonii* 1748.

81) Hier ſind vorzüglich nachzuſehen *Io. Nic.* HERT Diſſ. de colliſione Legum. Sect. IV. in Opuſc. Vol. I. T. I. und Ernſt. Chriſt. Weſtphal. teutſches und Reichsſtändiſches Privatrecht I. Th. 3. Abh. S. 32.

theilen, wo ſie vorkommen. Auch die Anlegung eines Arreſts geſchiehet nach den Geſetzen des Forums, wo dieſelbe geſucht wird [82]). Im lezten Falle hingegen finden folgende Regeln ſtatt:

1) Wenn von dem Zuſtand einer Perſohn, und denen davon abhängenden Rechten die Rede iſt, ſo ſind die beſondern Geſetze desjenigen Landes anzuwenden, wo die Perſohn wohnhaft iſt, wenn ſie ſich auch auſſer Landes befindet [83]). Denn die Perſohn eines Unterthanen iſt keinem andern unterworfen, als demjenigen Landesherrn, in deſſen Lande dieſelbe ihren Wohnſiz hat, (§. 44.) nun iſt der Status ein Zubehör der Perſohn, welcher derſelben anklebt, und die Perſohn überall begleitet, wo ſie ſich nur aufhält; mithin müſſen auch die Geſetze des Domicilliums, die dieſe perſöhnliche Eigenſchaft dem Unterthan beylegen, als Normen angewendet werden, wenn ſich derſelbe auſſer Landes befindet, weil die Perſohn doch immer in der Unterthänigkeit gegen den Landesherrn bleibt, in deſſen Lande das Domicillium derſelben iſt [84]). Wolte man ein anders annehmen, ſo würde hieraus noch überdies die gröſte Unbequemlichkeit entſtehen. Denn ein Mündiger zu Hauſſe würde zu gleicher Zeit auch an dem Orte, wo er auswärts etwas beſizt, unmündig ſeyn; würde alſo, ſo lang er zu Hauſſe bleibt, mündig ſeyn, aber ſobald er verreiſt, in einem andern Gebiete es nicht mehr

[82]) *L. 3. §. 6. D. de teſtib.* HERT a. a. O. §. LXX. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 144. S. 116.

[83]) *Quando lex in perſonam dirigitur, reſpiciendum eſt ad leges illius civitatis, quae perſonam habet ſubiectam,* ſagt HERT a. a. O. §. VIII.

[84]) Schnauberts Anfangsgründe des Staatsrechts der geſammten Reichslande §. 116.

mehr ſeyn. Wenn demnach die Frage iſt, ob Jemand für mündig oder unmündig, für majorenn oder minorenn, für einen Verſchwender oder nicht, für einen Filius oder filiafamilias oder für eine Perſohn, die ſui iuris iſt, zu halten, und daher fähig oder unfähig ſey, zu contrahiren, und über das Seinige zu disponiren; desgleichen, ob Jemand ehelich oder unehelich, ehrlich oder unehrlich ſey, auch welches die Wirkungen der Ehe ſeyn, darin Jemand lebt, ſo kommt es allemahl auf die Geſetze des Domiciliums an. Es iſt daher keinen Zweifel unterworffen, daß eine Perſohn, die nach den beſondern Geſetzen des Orts, wo ſie wohnhaft iſt, für ſui iuris zu halten, über ihr Vermögen ein gültig Teſtament machen könne, wenn auch gleich ein Theil deſſelben auswärts und an einem ſolchen Orte liegen ſollte, wo dieſelbe noch nicht dafür erkannt wird.

§. 75.

Zweite Regel.

2) Wenn aber von den Handlungen einer Perſohn, deren Form, Gültigkeit und Strafbarkeit die Rede iſt, ſo müſſen in der Regel die Geſetze des Landes angewendet werden, wo die Handlung vorgenommen oder zu Stande gekommen iſt.

Denn die Geſetze eines Landes, welche von den Handlungen der Unterthanen disponiren, können eigentlich nur in ſo fern zur Richtſchnur dienen, als dieſe Handlungen in dem Territorium vorgenommen werden; nicht weiter. Denn ſonſt ginge der Geſezgeber über die Grenzen ſeines Gebiets hinaus: Leges vero non valent extra territorium. Daß nun der Inländer dieſen Geſetzen unterworffen, wenn er dergleichen Hand-

lungen, wovon dieſelben reden, im Lande vornimmt, iſt ohne Zweifel. Allein eben dieſes muß auch von dem Ausländer gelten. Denn alle diejenigen, welche in den Grenzen eines fremden Staats ſich aufhalten, ſind, ſo lange als ihr Auffenthalt dauert, in der Regel als Unterthanen anzuſehen. Ich habe hiervon ſchon an einem andern Orte (§. 44. n. 2 u. 4.) umſtändlicher gehandelt. Man wende nicht dagegen ein, daß wenn ein Staat die Handlung ſeines Unterthans, welche derſelbe auſſer Landes nach den Geſetzen eines fremden Territoriums in dem Diſtrict deſſelben vorgenommen, gelten laſſen müſſe, ſolches gegen die obige Regel: Leges non valent extra territorium, ſey. Denn man unterſcheide zwiſchen der verbindenden Kraft eines fremden Geſetzes in Anſehung einer erſt vorzunehmenden Rechtshandlung, und der rechtlichen Wirkung eines Geſchäfts, ſo in dem Gebiet eines fremden Geſezgebers geſchloſſen worden iſt. Die erſtere iſt freylich nur auf das Territorium des Geſezgebers eingeſchränkt; denn über die Grenzen eines Landes hinaus erſtreckt ſich die Gewalt eines Regenten nie. Allein die rechtliche Wirkung eines ſolchen Geſchäfts, ſo nach den Geſetzen eines Staats in den Grenzen deſſelben gültig iſt geſchloſſen worden, muß jede andere Nation als verbindlich anerkennen, und der Regent des Auswärtigen darf ſolche, ohne eine offenbare Ungerechtigkeit zu begehen, nicht entkräften [85]). Solchemnach ſind nun alſo Verträge, Teſtamente, Form der Wechſel u. ſ. w. auch Verbrechen nach den landesherrlichen Verordnungen desjenigen Orts zu beurtheilen, wo ſie vorgenommen ſind. Jedoch hat dieſe Regel ihre Ausnahmen, von denen ich gleichfalls ſchon

85) SEGER Diſſ. de vi legum et decretorum in territorio alieno. S. 6. u. folgg. VATTEL Ius Gentium Lib. II. c. VII.

ſchon am oben angeführten Ort gehandelt habe. Hier will ich nur noch eine Ausnahme hinzufügen. Sollten Unterthanen bey ihren Rechtshandlungen, die ſie auſſerhalb Landes auf eine erlaubte Art unternommen, z. B. wenn ſie in einem fremden Lande ein Teſtament gemacht, oder mit einander contrahirt haben, ſich, ohne die Geſetze ihres zeitigen Aufenthalts zu beobachten, blos nach denen Geſetzen ihres Vaterlandes gerichtet haben, ſo ſind ſolche Handlungen nicht nach den Geſetzen des Orts, wo ſie vorgenommen worden, ſondern nach den Geſetzen des Domiciliums zu beurtheilen, in ſofern blos von der Gültigkeit und rechtlichen Wirkung derſelben in ihrem Vaterlande die Rede iſt [86]). Denn da Unterthanen auch auſſer Landes, wenn ſie nur den Vorſaz haben, in ihr Vaterland zurückzukehren, in der Unterthänigkeit gegen ihren Landesherrn verbleiben, mithin die Verbindlichkeit der Geſetze ihres Vaterlandes in Anſehung ihrer in ſofern nicht aufgehoben wird, ſo muß es ihnen auch noch auswärts freygeſtanden haben, ſich nach den Geſetzen ihres Vaterlandes verbindlich zu machen, oder in Gemäßheit derſelben ſonſt eine Handlung vorzunehmen, die nur in ihrem Vaterlande ihre Gültigkeit und Wirkung haben ſoll [87]). Nur in ſofern

 ihre

[86]) Auſſer *Caſp.* ZIEGLER in Dicaſtice Concl. XV. §. 11. und folgg. behauptet eben dieſes, auch HERT a. a. O. §. X. S. 182. — ***Si actus a ſolo agente dependeat v. g. teſtamentum, et hic ſit exterus; vel ſi actus inter duos celebretur, v. g. pactum, et uterque paciſcens ſit exterus, et unius civitatis cives, dubitandum non eſt, actum a talibus*** SECUNDUM LEGES PATRIAE ***factum*** IN PATRIA VALERE.

[87]) CUIACIUS *Lib. XIV. Obſ. 12.* meint zwar, in dieſem Falle müſſe der Auswärtige die Geſetze ſeines Vaterlandes [illegible] alle.

ihre Abſicht iſt, daß auch der fremde Staat ihre in dem Diſtrict deſſelben vorgenommene Rechtsgeſchäfte für gültig erkenne, ſind Fremdlinge, als zeitige Unterthanen, die Geſetze des Orts, wo ſie ſich aufhalten, zu beobachten verbunden, und ſolche Handlungen, die nach dieſen Geſetzen gültig und erlaubt ſind, iſt ſodann auch jede andere Nation nach dem Völkerrecht als rechtmäſig anzuerkennen ſchuldig.

§. 76.

Dritte Regel.

Endlich 3) wenn von Rechten, ſo blos Grundſtücke betreffen, die Frage iſt, ſo ſind die Geſetze des Landes, wo die Güter liegen, hauptſächlich zu Rathe zu ziehen, ohne Unterſchied, wo und von wem darüber disponiret worden [88]). Der Grund hiervon iſt, weil die höchſte Gewalt des Regenten im Staat ſich nicht blos über die Handlungen ſeiner Unterthanen, ſondern auch über deren Güter erſtreckt, die in ſeinem Gebiete liegen, mithin derſelbe ſeine Gewalt nicht überſchreitet, wenn er darüber die gehörigen Anordnungen macht. Wenn daher von der Erwerbung, Veräuſſerung, Verpfän-

allemahl beobachten; allein die von ihm angeführte *L. 9. C. de Teſtam.* redet nicht von einem Fremdling, ſondern von einem ſolchen, der in ſeinem Vaterlande ein Teſtament gemacht hatte, ohne die vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten zu beobachten; wie *Caſp.* ZIEGLER a. a. O. §. 16. ſchon gegen Cujaz erinnert hat. Richtiger iſt daher Zieglers Meinung §. 18. *Potius igitur eſt, ut ſtatuamus, in arbitrio eſſe advenae teſtantis, utrum ſecundum leges patrias teſtamentum condere velit, an vero ſecundum ſtatuta loci in quo de praeſenti commoratur.*

88) HERT am angef. Ort Sect. IV. §. IX. S. 177.

pfändung, Vererbung, Verjährung der Grundſtücke, ferner der Freyheit oder Beläſtigung derſelben, dem Abtrieb u. ſ. w. die Rede iſt, ſo gehen die Verordnungen des Landes, worin die Güter befindlich, denen Geſetzen des Orts, wo der Eigenthümer ſeinen Wohnſiz hat, vor. Dahingegen werden die Rechte in Anſehung beweglicher Sachen nach den Geſetzen des Domiciliums beurtheilt. Denn die beweglichen Güter folgen der Perſohn nach, ſie mögen angetroffen werden, wo ſie wollen. Daher es eine bekannte Regel iſt: *Res mobiles ex conditione perſonae legem accipiunt, et ibi eſſe dicuntur, ubi quis domicilium et rerum ſuarum ſummam collocavit* [89]. Unkörperliche Dinge, wenn ſie gleich, an und vor ſich betrachtet, weder in die Claſſe der beweglichen noch unbeweglichen Güter gehören, z. B. Schuldforderungen, ſind nach der gemeinen Meinung unter den beweglichen Sachen mit begriffen [90].

§. 77.

Colliſion des römiſchen und canoniſchen Rechts.

Wenn nun weder teutſche Reichs- noch Particulargeſetze eine Entſcheidung für den vorliegenden Fall enthalten,

[89]) BURGUNDUS ad Conſuet. Flandr. Tr. II. n. 1. u. folg. S. 21. *Io. a* SANDE Deciſ. Friſ. Lib. IV. Tit. 8. def. 7. HERT a. a. O. §. VI. SEGER in Diſſ. de vi Legum in territorio alieno. §. VIIII. und noch andere mehr, die daſelbſt angeführt ſind.

[90]) BURGUNDUS a. a. O. S. 22. *Nomina et actiones loco non circumſcribuntur, quia ſunt incorporales.* Man ſehe auch CARPZOV Iurispr. Forenſ. P. II. Conſt. XXIII. Defi. nit. 10. HERT a. a. O. SEGER a. a. O. LEYSER Spec. XXVI. medit. 2. und PUFENDORF Obſervat. iur. univ. T. III. Obſ. 174. §. 7. und folgg.

halten, ſo kommen die in Teutſchland recipirte fremde Rechte in Civil⸗Rechtsſachen zur Anwendung. Wir ziehen alsdann das römiſche oder canoniſche Recht zu Rathe [91]). Wie? wenn nun aber die Vorſchriften beyder Rechte einander widerſprechen, welches von beyden wird den Vorzug vor den andern haben? Die Rechtsgelehrten ſind desfalls nicht einerley Meinung. Die gewöhnlichſte Meinung iſt, daß im Colliſionsfalle der Regel nach das Canoniſche Recht den Vorzug habe [92]). Andere hingegen wollen die Sache dergeſtalt beſtimmen, daß in den weltlichen Gerichten das Juſtinianeiſche, in den geiſtlichen aber das Canoniſche Recht vorzuziehen ſey [93]). Noch andere Rechtsgelehrten ſehen bey der Beſtimmung des vorzüglichern Gebrauchs des Canoniſchen Rechts auf einzelne Fälle. Sie behaupten, in Kirchen⸗ Ehe⸗ Proceß⸗ Gewiſſens⸗ und Eidesſachen habe das Canoniſche Recht den Vorzug, in allen andern Sachen aber ſey das Römiſche Recht jenem vorzuziehen. Dieſer Meinung iſt unter andern [94]) unſer Hell⸗

[91]) *Io. Nepom.* ENDRES Diſſ. de diverſo iuris germanici ad civile Romanum et canonicum commune habitu Wirceb. 1771. in SCHMIDT *Theſaur. iuris eccleſ.* Tom. I. N. II. S. 88 - 128.

[92]) PAGENSTECHER de praeſtantia Iuris Canonici prae civili. *Henr.* HILDEBRAND de praevalentia iur. can. prae civili in foro. *Alt. 1697.* *Io. Ern.* FLOERCKE de praerogativa iuris canon. prae iure Iuſtinianeo *Ienae* 1722. und *Halae* 1757. 4. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Proteſt. Lib. I. Tit. 2. u. a. m.

[93]) *Huld. ab* EYBEN de auctoritate iuris canon. §. 18. *Io.* STRAUCH de origine et auctoritate iuris canon. §. 39. *Arth.* DUCK de auctoritate iuris civ. Lib. I. c. 7. §. 11.

[94]) STRUV in Syntagm. iur. civ. Ex. 2. Th. 39. LYNCK in Comment. ad Decretales Diſcurſ. praelim. c. 2. §. 9. S. 33. und *Io. Frid.* RHETIUS de auctoritate iuris canon. inter A. C. conſortes.

Hellfeld §. 81. Verſchiedene angeſehene Rechtslehrer [95]) wollen auch den Vorzug des einen Rechts vor dem andern nach folgenden Regeln beurtheilt wiſſen. 1) So oft in dem einem Rechte etwas deutlich beſtimmt worden, was in dem andern zweifelhaft iſt, ſo gehe das erſtere dem leztern vor. 2) In geiſtlichen; und Gewiſſensſachen, desgleichen wenn es darauf ankomme, daß eine Sünde verhütet werde, wie z. B. in der Lehre von der Verjährung, bey vorhandener, oder eintretender mala fide; *cap. fin. X. de praeſcr.*, ſey dem römiſchen in der Regel das Canoniſche Recht vorzuziehen. 3) In Sachen, die vor die geiſtliche Gerichtsbarkeit gehören, ſey das Canoniſche vorzüglich, in denen aber, die vor die weltliche Gerichtsbarkeit gehören, das Römiſche Recht, anzuwenden. Endlich 4) wo aus beſonderer Urſach der Gerichtsgebrauch die Vorſchriften des Canoniſchen Rechts angenommen, wie z. B. in den Materien, die den bürgerlichen Proceß betreffen, da müſſe auch nach dieſen, und nicht nach dem Juſtinianeiſchen Rechte geſprochen werden. Zulezt will ich noch der Meinung eines berühmten Rechtsgelehrten [96]) gedenken, welcher bey dem Mangel einer genugſamen geſezlichen Beſtimmung in den Fällen, da das Juſtinianeiſche und Canoniſche Recht ſich einander widerſprechen, am meiſten auf einen genugſam bewährten Gerichtsbrauch geſehen, und nach demſelben den Vorzug des einen Rechts vor

[95]) LAUTERBACH in Collegio Theor. Pr. Pandectar. Prolegom. §. IX. n. 15 - 18. *Car. Chriſtph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 53. S. 45. und *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canonici P. I. (*Bonnae 1778. 8.*) §. 113 - 115. S. 127. und folgg.

[96]) Quiſtorp in den Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener, mehrentheils unentſchiedener Rechtsmaterien. IV. Stück. (Roſtok u. Leipzig 1780.) N. VIII. S. 124 - 147.

vor dem andern beſtimmt wiſſen will, weil, wenn gleich das Canoniſche Recht in unſern Gerichten in ſehr vielen Fällen vor dem Juſtinianeiſchen den Vorzug behaupte, doch auch genug Beyſpiele vorhanden wären, da nach dem Gerichtsbrauch das Gegentheil ſtatt finde. Ich bin noch immer überzeugt, daß unter dieſen ſo verſchiedenen Meinungen diejenige die richtigſte ſey, nach welcher dem canoniſchen Rechte in der Regel der Vorzug vor dem Römiſchen eingeräumet wird, ſo lange nicht nach einem genugſam bewährten Gerichtsbrauche das Gegentheil ſtatt findet [97]). Schon dadurch, daß der Gerichtsbrauch dem canoniſchen Rechte in den meiſten Fällen ohne allen Zweifel den Vorzug vor dem römiſchen giebt, rechtfertiget ſich zwar dieſe Regel vollkommen; allein wir wollen die Gründe ſelbſt anführen, auf welchen dieſer Vorzug des Canoniſchen Rechts beruhet. Sie ſind folgende. Erſtens hat man ſeit den älteſten Zeiten in Teutſchland für das Canoniſche Recht ſtets günſtige Vorurtheile geheget, und ſich überredet, daß es den teutſchen Sitten und unſrer Verfaſſung nicht allein an und für ſich mehr, als das Römiſche, angemeſſen ſey [98]), ſondern auch die Grundſätze deſſelben beſſer, als die des römiſchen Rechts, mit der Billigkeit übereinſtimmen.

Zwei-

97) Dieſer Meinung ſind unter den neuern Rechtsgelehrten auſſer ENDRES in der angeführten Diſſ. §. XIV. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 358. u. folgg. und *Io. Th. Ad.* KIND Diſſ. de fontibus iuris iudiciarii civ. quod per Germaniam obtinet. Lipſiae 1785. §. V. S. 14.

98) Daß das canoniſche Recht manches Ueberbleibſel unſerer alten Geſetze und Rechtsgewohnheiten enthalte, haben *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapſod. Obſ. 649. und 650. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Element. iuris Germ. Lib. I. §. 254. not. *) mit vielen Beiſpielen erwieſen.

Zweitens ſtellete man ſich nach der Denkungsart des mittlern Zeitalters eine von Gott verordnete zwiefache Gewalt, eine weltliche und eine geiſtliche vor, deren jede einem ſichtbaren Oberhaupte, jene dem Kaiſer, dieſe dem Pabſte, anvertrauet wäre, unter ſich aber ein ſolches Verhältnis hätte, daß die geiſtliche Gewalt noch vor der weltlichen, ſo wie die Seele vor dem Leibe, das Geiſtliche vor dem Zeitlichen, die Sonne vor dem Monde den Vorzug hätte [99]. Nach dieſer damahls herrſchenden Idee verſtand ſich's demnach von ſelbſt, daß das von der geiſtlichen Gewalt authoriſirte Geſezbuch nicht allein in der ganzen Chriſtenheit in geiſtlichen und weltlichen Gerichten zur Richtſchnur dienen [100]), ſondern daſſelbe auch vor dem weltlichen oder Juſtinianeiſchen Geſezbuche die Oberhand behalten mußte, wenn es in einzelnen Fällen Colliſion zwiſchen beyderley Rechten gab [1]). Ja es ſchien das Canoniſche Geſezbuch in Teutſchland doppelte Achtung zu verdienen, weil man den Kaiſer als deſſen eignes Oberhaupt, und zugleich als

[99]) Man vergleiche aus GRATIANI *Decreto* die ganze Diſtinct. X. und aus den *Decretalib.* GREGORII *IX. cap. 6. de maioritate et obedient.* Auch den Sachſenſpiegel 1. Buch 1. Art. und die Gloſſe deſſelben.

[100]) Hierher gehört die Stelle des Schwabenſpiegels I. Buch Cap. V. Tom. II. *Corp. Iur. Germ. Senckenb.* S. 15. Und als die Päbſte und Kaiſer zu Concilien und zu Hofen haben geſezt und geboten aus dem *Decret* und *Decretalen.* Wann aus den zweyen Büchern nimmt man alle die Recht, der geiſtlichen und weltlichen Gerichten bedarf.

[1]) Eben dieſe Folge zieht GRATIANUS, wenn er in ſeinem *Decreto* nach *Can. 6. Diſt. X.* anmerkt; *Ecce quod conſtitutiones Principum eccleſiaſticis Legibus poſtponendae ſunt. Ubi autem evangelicis atque canonicis decretis non obviarint, omni reverentia dignae habeantur.*

als den Schuzherrn der Römiſchen Kirche anſahe. Was Wunder alſo, wenn Kr. Friedrich II. in einer zu Maynz publicirten Reichs-Conſtitution 1235. die Beobachtung des geiſtlichen Rechts in allen Römiſchen Reich an geiſtlichen Dingen (d. i. Gerichten) dergeſtalt einſchärfte, daß er ſogar denienigen, welcher darwider wäre, für ungläubig gehalten wiſſen wollte [2])? Ich übergehe andere mehrere Gründe mit Stillſchweigen, und beziehe mich der Kürze wegen auf die oben angeführte Abhandlung des Herrn geiſtlichen Raths ENDRES §. XIV. Wenn nun gleich aus dieſem allen ſoviel ſich ergiebt, daß das vorzüglichere Anſehen, welches man dem Canoniſchen Rechte vor dem Römiſchen beylegt, urſprünglich auf irrigen Meinungen des mittlern Alters beruhet, die hauptſächlich aus unrichtigen Vorſtellungen von dem Verhältnis der geiſtlichen und weltlichen Gewalt entſtanden ſind, ſo darf doch hierin heutiges Tages nichts geändert werden, da es bey der heutigen Gültigkeit der in Teutſchland recipirten fremden Rechte eine ausgemachte Wahrheit iſt [3]), daß nicht immer mit der Urſache auch ihre Wirkung aufhöre, ſondern auch Irrthümer von der geſezgebenden Gewalt, und dem Anſehen der Gerichtsſtühle unterſtüzt, ihre Folgen behalten können.

§. 78.

Ausnahmen von der Regel.

Ob nun gleich das Canoniſche Recht aus den angeführten Gründen noch bis auf den heutigen Tag den Vor-

[2]) Corp. Receſſ. Imp. *Senckenberg* P. I. S. 24.

[3]) S. Pütters Abhandlung: Wie die Rechtskraft der in Teutſchland üblichen fremden Geſezbücher zwar im Grunde auf irrigen Meinungen beruhe, aber doch noch feſt beſtehe: in Deſſelben Beyträgen zum teutſchen Staats- und Fürſtenrechte. 2. Th. N. XXVI. S. 56. und folgg.

Vorzug vor dem römiſchen behauptet, ſo iſt doch dieſes nur von der Regel zu verſtehen, welche alsdann ihre Ausnahme leidet, ſobald in dieſem oder jenem Puncte ein unſtreitiger und bewährter Gerichtsbrauch dem Römiſchen Rechte den Vorzug giebt. Daher es ein eben ſo groſſer Fehler iſt, wenn einige das Canoniſche Recht durchgängig und ohne alle Einſchränkung dem Römiſchen vorziehen, als wenn andere, wie z. B. unſer Autor, dem Römiſchen Rechte den Vorzug in der Regel geben wollen, indem diejenigen Fälle, da das Römiſche Recht den Vorzug vor dem Canoniſchen behauptet, nur als Ausnahmen von der Regel anzuſehen ſind. Zu dieſen Ausnahmen rechne ich zuvörderſt, daß die in dem Canoniſchen Rechte gebilligte Art, ein Teſtament vor dem Pfarrer und zwey Zeugen zu verfertigen [4]), heutiges Tages an wenigen Orten, ſelbſt in katholiſchen Ländern, angenommen iſt; vielmehr ſtatt derſelben die im Juſtinianeiſchen Rechte vorgeſchriebene Form beobachtet werde [5]). Zu den Ausnahmen, da nicht ſowohl die Grundſätze des Canoniſchen als vielmehr des Juſtinianeiſchen Rechts nach dem Gerichtsbrauch zur Anwendung kommen, gehört ferner, daß bey Schenkungen in zweifelhaften Fällen, nicht, wie das Canoniſche Recht will [6]), eine ausdehnende Erklärung, ſondern vielmehr eine einſchränkende Auslegung ſtatt finde, und daher die Abſicht zu ſchenken niemahls zu vermuthen ſey, auch

[4]) *cap. 10. X. de teſtam.*

[5]) S. *Io. Paul.* KRIEGER Disquiſit. de teſtamento coram parocho et duobus teſtibus occaſione cap. 10. X. de teſtam. Altorf. 1734. §. VII. u. folgg. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Prot. Tom. II. Lib. III. Tit. 26. §. 4. u. folgg. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. III. §. 394.

[6]) *cap. 6. X. de donat.*

auch die bey der Schenkung gebrauchten Ausdrücke, weiter, als der eigentliche Wortverſtand erlaubt, nicht verſtanden werden können [7]). So wird ferner im Päbſtlichen Rechte das Zufluchtsrecht der Kirchen und Klöſter ohne Unterſchied auf alle und jede Verbrecher ausgedehnt [8]), welches nach Juſtinianeiſchen Rechten, nur zum Sicherheitsmittel gegen unrechtmäßige Gewalt dienen ſoll [9]); das heutige Recht aber verwirft jenes dem öffentlichen Wohl und Strafrechte des Fürſten ſo nachtheilige Aſylrecht, und nimmt die vernünftigern Vorſchriften des Juſtinianeiſchen Rechts an [10]). Noch mehr: Nach dem Canoniſchen Rechte hat der durch Frauensperſohnen geführte Beweiß überall keine Kraft [11]), und dieſe ſind nur ſodann zu vernehmen, wenn ſie entweder an dem Verbrechen dieſes oder jenes Geiſtlichen Antheil genommen haben [12]), oder es auch darauf ankommt, eine vorgebliche Irregularität dieſes oder jenes Geiſtlichen zu beweiſen [13]). Allein der Gerichtsgebrauch

7) *L. 25. pr. D. de probat. L. 34. D. de R. I.* MEVIUS P. 2. dec. 18. n. 4. P. 4. dec. 318. n. 3. P. 8. deciſ. 194. n. 2. LEYSER Spec. 433. m. 1.

8) *cap. 6. X. de immunit. eccleſ.* Conſtitut. GREGORII X. vom Jahr 1591.

9) *Nov. XVII.* c. 7.

10) *Io. Conr.* ENGELBRECHT Diſſ. de iniuſta aſyli immunitatisque eccleſ. ad crimina doloſa extenſione. *Phil.* HEDDERICH Diſſ. de vero ac genuino ſtatu hodierno aſyli, inter *Diſſertat. iur. eccleſ. Germ.* Vol. I. Diſſ. XV. S. 360-371. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. V. Tit. 4. §. 611.

11) *Can. 17.* u. *19. C. XXXIII. qu. 5. Cap. 10. X. de V. S.* wo der Grund angeführt wird: *nam varium et mutabile teſtimonium ſemper foemina producit.*

12) *Cap. 3. X. de teſt. et atteſt.*

13) *Cap. 33. X. eodem.*

brauch [14]) ſtimmt mit dem Canoniſchen Rechte auch hierin nicht überein, ſondern läſſet es vielmehr bey der Vorſchrift des Juſtinianeiſchen Rechts [15]), nach welcher Frauensperſohnen, ſowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen, gültige Zeugen ſind, inſofern anders die Geſetze, entweder der beſondern Feyerlichkeit der Handlung halben, wie bey Teſtamenten und Codicillen, oder um einem rechtlichen Geſchäfte das Anſehen einer öffentlichen Beglaubigung zu verſchaffen, wie bey der Verpfändung, das Zeugnis durch Mannsperſohnen nicht genau und ausdrücklich erfordern, oder ſonſt eine andere gegründete Ausnahme bewieſen werden kann, lediglich bewenden. Aus dem alleinigen Grunde, den man von dem Geſchlecht hernimmt, mag daher heutiges Tages das Zeugnis der Frauensperſohnen bey dem Mangel anderer Urſachen, die ein Zeugnis an und für ſich verwerflich machen, nicht verworfen und für ungültig erklärt werden. Andere Fälle zu geſchweigen, wo noch ſonſt in den heutigen Gerichten nach dem Juſtinianeiſchen und nicht nach dem Canoniſchen Rechte geſprochen zu werden pflegt, welche man in der unten angeführten Schrift [16]) beyſammen finden wird.

§. 79.

Widerlegung des Autors.

Nun ſollte ich zwar auch noch die Meinungen anderer Rechtsgelehrten über den bisher erörterten Ge-

 gen-

[14]) CARPZOV *Pract. rer. crim.* Qu. 114. n. 39. BOEHMER in Iure Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 20. §. 17. CRAMER Tom. III. Obſ. 894.

[15]) *L. 18. D. de teſtib.*

[16]) Quiſtorp über die Trüglichkeit des Satzes: daß das Canoniſche Recht vor dem Juſtinianei-

genſtand kürzlich prüfen; allein da man aus dem, was ich von dem Vorzuge des Canoniſchen Rechts vor dem Römiſchen, und den Ausnahmen von der Regel vorgetragen, leicht ſelbſt beurtheilen kann, was von den Grundſätzen anderer als richtig anzunehmen ſeyn möchte, ſo will ich, um nicht in den Fehler der Weitſchweifigkeit zu verfallen, nur allein gegen die Hypotheſe unſers Autors noch einige Erinnerungen machen. Wenn derſelbe (§. 81.) in der Regel dem Römiſchen Rechte den Vorzug vor dem Canoniſchen geben will, und der Meinung iſt, daß lezteres nur in Kirchen- Ehe- Eides- Gewiſſens- und Proceßſachen vorzuziehen ſey; ſo zweifle ich erſtens ſehr, ob dieſe Regel überall zutreffend ſeyn möchte. Denn daß einmahl in Eheſachen das Canoniſche Recht nicht durchgängig, wenigſtens in den proteſtantiſchen Gerichten, den Vorzug behaupte, kann ich durch verſchiedene Beiſpiele beweiſen. Einen Beweiß davon giebt zuvörderſt die Materie von den Eheverboten wegen der Blutsfreundſchaft, wo die Evangeliſchen die Päbſtlichen Rechte nicht annehmen, ſondern ſich nach der Vorſchrift der Moſaiſchen und Römiſchen Rechte richten [17]. Auſerdem aber kann man auch den Vergleich wider die Ehe hierher rechnen, als welcher, unter gewiſſen Einſchränkungen, bey den Proteſtanten allerdings erlaubt iſt. Das Canoniſche Recht verwirft dem-

neiſchen unter allen Umſtänden in den proteſtantiſchen Gerichten den Vorzug habe, in einigen auffallenden Beiſpielen gezeigt, in den Beyträgen IV. Stück N. VIII.

[17]) SCHOTT Progr. de auctoritate iur. canon. inter Evangelicos. S. 19. Moſer von der teutſchen Religionsverfaſſung I. Buch. 2. Cap. §. 13. wo ein Vorſtellungsſchreiben des *Corporis Evangelicorum* vom J. 1665. beygebracht worden, in welchem es heißt: die Evangeli-

denſelben, weil, in Gemäsheit des katholiſchen Lehrbegrifs, die Ehe für ein Sacrament geachtet wird, ſchlechterdings [18]). Allein die Proteſtanten nehmen dieſen Lehrſaz nicht an, folglich müſſen die aus demſelben gezogene Folgerungen ebenfalls wegfallen, und daher bey dem Römiſchen Rechte, nach welchen über eine jede zweifelhafte Sache ein Vergleich gültig geſchloſſen werden darf [19]), inſofern keine unbeſtrittene Ausnahme zu beweiſen ſtehet, es lediglich das Bewenden behalten [20]); nur mit der Einſchränkung, daß zu einem ſolchen Vergleich wider die Ehe das Vorwiſſen und die Beſtättigung des geiſtlichen Gerichts oder Conſiſtoriums erfordert wird [21]). Sodann iſt der Saz, daß das Canoniſche Recht in der Lehre vom Eide dem Römiſchen durchaus vorgehe, ebenfalls noch vielen Zweifeln unterworfen, und ſchon von Andern [22]) das Gegentheil ſo

 bündig

geliſchen erkenneten die päbſtlichen Rechte in cauſis impedimentorum matrimonialium ex capite conſanguinitatis nicht, ſondern pflegten ſich nach der Diſpoſition der Kaiſerlichen Rechte zu richten.

18) *cap. ult. X. de transact.*

19) *L. 11. C. de transact.* VOETIUS in Comment. ad Pandect. Lib. II. Tit. 15. §. 10.

20) Ludovici Conſiſtorial-Proceß Cap. XV. §. 3. u. 4. Quiſtorp a. a. O. S. 145.

21) BOEHMER in Iure Eccleſ. Proteſt. Lib. I. Tit. 36. §. 4. LEYSER Spec. XLVII. med. 5.

22) THOMASIUS Inſtitut. iurispr. div. Lib. II. c. 9. §. 14. und folgg. AYRER de abuſu iuramentorum §. 33. und folgg. Herr Prof. MALBLANC in doctrina de iureiurando. Lib. V. S. 499. folgg. Chriſt. Fried. Schorcht von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen. Jena 1786. 4. Prof. Weber ſyſtem. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 3. Abthl. 10. Abſchn. §. 123. S. 199.

bündig dargethan worden, daß man es ſicher für erwieſen annehmen darf. Ohnmöglich kann doch wohl das Päbſtliche Recht in ſolchen Vorſchriften bey uns gelten, welche den gereinigten Religionsbegriffen unſerer Kirche widerſprechen. Wie könnten wir alſo dieſem Rechte gerade in der Materie einen Vorzug beylegen, wo alles auf ſolchen Gründen beruhet, welche unſerm Religionsſyſteme gänzlich zuwider ſind? Wie ſollten wir mit Hintanſetzung der weit vernünftigern Grundſätze des Römiſchen Rechts in einer ſo wichtigen Sache die Vorſchriften eines Rechts befolgen, welche zu den gefährlichſten Eides-Mißbräuchen Anlaß geben, und eine unſelige Quelle der ſchädlichſten Folgen für das gemeine Beſte ſind? Ich werde hiervon in der Folge bey dem §. 341. noch umſtändlicher handeln. Daß auch im Proceß dem Canoniſchen Rechte nicht ohne alle Ausnahme der Vorzug vor dem Römiſchen eingeräumt werden könne, beweißt das bereits in vorhergehendem §. angeführte Beiſpiel vom Zeugenbeweiſe; bey welchem wir heutiges Tages die Verordnungen des Juſtinianeiſchen Rechts befolgen. Es iſt jedoch die Regel unſers Autors, wie hieraus genugſam erhellet, nicht nur unzutreffend, ſondern auch zum andern ſehr unbeſtimmt und ſchwankend. Denn was ſind z. B. Kirchenſachen? was ſind Gewiſſensſachen? wer weiß nicht, wie ausgedehnt und überſpannt hiervon die Begriffe des Päbſtlichen Rechts ſind, dem es nie am Anſtrich und Prätext gefehlt hat, auch blos weltlichen Sachen die Geſtalt von geiſtlichen und kirchlichen zu geben, nur um die Grenzen der päbſtlichen und geiſtlichen Gerichtsbarkeit zu erweitern [23])? Bahnt alſo nicht die

[23]) S. Hofr. Schnaubert kurze Entwickelung des Begrifs von geiſtlichen Sachen überhaupt, in Deſſel-

die Regel unſers Autors den Weg zu neuen Schwierigkeiten oder Irrthümern? Endlich iſt auch jene Regel viel zu ſeicht, als daß ſie diejenigen Fälle ganz erſchöpfen ſollte, in welchen dem Canoniſchen Rechte der Vorzug vor dem Römiſchen wirklich beygeleget wird. Wem iſt wohl unbekannt, daß auch in der Lehre von der Legitimation unehelicher Kinder, den Verträgen, der Emphytevſis, der Verjährung, dem Abzug der Trebellianiſchen Quarte bey Fideicommiſſariſchen Erbſchaften, der Verbindlichkeit der Erben zur Erſtattung des durch ein Verbrechen des Verſtorbenen angerichteten Schadens, und ſo mehr, das Canoniſche Recht dem Römiſchen unwiderſprechlich vorgezogen werde?

§. 80.

Colliſion unter mehreren Geſetzen einerley Rechtskörpers. 1) des Canoniſchen. 2) des Römiſchen.

Noch iſt zu erörtern übrig, in welchem Verhältniſſe einzelne Stellen des Canoniſchen oder Römiſchen Geſezbuchs unter ſich ſelbſt ſtehen? Wie, wenn alſo erſtlich die geſezlichen Vorſchriften des Canoniſchen Rechtskörpers unter ſich in Colliſion gerathen, welche gehet der andern vor? Wir müſſen einen Unterſchied machen, ob ſie in verſchiedenen Sammlungen, oder in eben derſelben Sammlung enthalten ſind [24]. Im erſtern Falle gehet in der Re-

 ge-

Deſſelben Beyträgen zum teutſch. Staats- und Kirchenrechte. 1. Th. N. 2. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 244.

24) S. meine Praecognita iuris eccleſ. S. 130. und NETTELBLADT Syſtem. element. iurispr. poſitivae generalis. Lib. I. Sect. III. §. 180. n. 2.

gel die neuere der ältern vor; daraus folgt, daß die Clementinen dem libro ſexto Decretalium Bonifacii VIII. dieſer den Decretalen P. Gregors IX. und dieſe wieder dem Decret des Gratians derogiren. Nur die ſogenannten Extravaganten machen eine Ausnahme von dieſer Regel; denn wenn gleich die in unſerm Canoniſchen Rechtskörper befindlichen beyden Sammlungen derſelben der Zeit ihrer Compilation nach die jüngſten ſind, ſo kann doch die Gültigkeit derſelben, da ſie bloſe Privatſammlungen ſind, die nicht unter päbſtlicher Auctorität verfertiget worden, nicht nach dem Orte, den ſie im Korpus Juris behaupten, ſondern nur nach dem eigenen Zeitalter einer jeden einzelnen Verordnung beurtheilet werden [25]). Im andern Falle, wenn der Widerſpruch unter Stellen ebenderſelben Sammlung iſt, ſo müſſen dieſelben durch eine geſchickte Auslegung, wobey auf die Verſchiedenheit der Zeit, des Orts, der Perſohn und des Grundes Rückſicht zu nehmen [26]), mit einander vereiniget werden [27]). Wenn demnach die eine Verordnung ganz allgemein lautet, die andere aber

25) *Lud.* ENGEL in Collegio univerſi iur. canon. Lib. III. Tit. V. §. 4. n. 52. in fine. — *Extravagantes, cum nullius Pontificis auctoritate compilatae ſint, debent referri ad ſuos auctores, et tempus, quo datae ſunt.*

26) *Can. 1. 2.* u. *3. Diſt. XXIX.* — Sciendum eſt, quod pleraque capitula ex cauſa, ex perſona, ex loco, ex tempore conſideranda ſunt, quorum modi, quia medullitus non indagantur, in erroris Labyrinthum nonnulli intricando impinguntur.

27) ENGEL im angeführten Buch Prooem. n. 18. *Quodſi in recenſitis iuris canonici partibus conſtitutionum antinomia reperiatur, eaque ſit in unius Pontificis compilatione v. g. ſi uterque contradicens canon ſit in Decretalibus, vel in Sexto aut Clementinis, per congruam interpretationem conciliatio facienda eſt.*

aber ſich auf einen beſondern Ort und die daſelbſt übliche beſondere Rechte und Gewohnheiten, oder auf eine beſondere Claſſe von Perſohnen ſich beziehet, und von deren Gerechtſamen oder Verbindlichkeiten disponirt, ſo wird man in einer ſolchen Colliſion die gemeine und beſondere Verordnung nach eben dem Verhältniſſe, wie Regel und Ausnahme, beurtheilen; hingegen unter zwey gemeinen, oder zwey beſondern Verordnungen derjenigen den Vorzug geben müſſen, welche die neuere iſt, nach der Regel: lex poſterior derogat priori [28]). Sind ſie gleichen oder ungewiſſen Alters, ſo muß der Gerichtsgebrauch, oder, wenn auch dieſer zweifelhaft ſeyn ſollte, die Rechtsanalogie den Vorzug der einen vor der andern entſcheiden [29]).

Faſt dieſelbigen Grundſätze, nur mit einigem Unterſchiede, ſind anzuwenden, wenn unter mehreren Geſetzen des Römiſchen Rechtskörpers ein Widerſpruch vorhanden iſt? Auch hier kommt

 es

[28]) *cap. 1. de conſtitut. in 6to.* — Licet Rom. Pontifex, conſtitutionem condendo poſteriorem, priorem, quamvis de ipſa mentionem non faciat, revocare noſcatur: Quia tamen *locorum ſpecialium* et *perſonarum ſingularium conſuetudines* et *ſtatuta*, (cum ſint facti, et in facto conſiſtant) poteſt probabiliter ignorare: *ipſis*, dum tamen ſint rationabilia, *per conſtitutionem a ſe noviter editam* (niſi expreſſe caveatur in ipſa) *non intelligitur in aliquo derogare.*

[29]) In verſchiedenen Canonen des Gratianiſchen Decrets, als *can. 28. Diſt. L.* und *can. 11. Cauſ. XXXIII. qu. 2.* welche jedoch aus einerley Quelle gefloſſen, wird inſonderheit bey vorkommender Uneinigkeit in den Conciliensſchlüſſen noch die Regel gegeben: *ut, quotiescunque in geſtis conciliorum diſcors ſententia invenitur, illius concilii magis teneatur ſententia, cuius aut antiquior, aut potior*

extat

es zunächſt darauf an, ob der Widerſpruch unter den Geſetzen verſchiedener Sammlungen, oder eben derſelben Sammlung befindlich iſt. Iſt das erſtere, ſo gehet das neuere Recht dem ältern vor. Für das neuere Recht aber wird in dem Falle, da der Widerſpruch unter den Geſetzen verſchiedener Sammlungen des Juſtinianeiſchen Rechts obwaltet, dasjenige gehalten, welches in der jüngern Sammlung enthalten iſt. Dieſem zu Folge gehen alſo I) die Novellen des K. Juſtinians, als die allerneueſten Geſetze, allen übrigen Verordnungen des Juſtinianeiſchen Rechts vor, welche in den vorhergehenden Sammlungen, als dem Codex, den Pandecten und Inſtitutionen des Juſtinians, enthalten ſind. Jedoch iſt dieſes nur von den gloſſirten Novellen zu verſtehen, indem es, was die nicht gloſſirten anbetrift, aus dem ſchon oben (S. 334.) angeführten Grunde bey den Verordnungen des Codex in Praxi lediglich verbleiben muß. Der Fall kommt z. B. bey den Zinſen, die den Hauptſtuhl überſteigen (uſurae ultra alterum tantum), vor, welche der Gerichtsgebrauch nicht ſchlechterdings für unerlaubt erklärt, wofür ſie Juſtinian Nov. 121 cap. 1. angeſehen wiſſen will, ſondern es bey der Einſchränkung der L. 10. C. de uſuris bewenden läſſet [30]). II) Aus dem obigen Grundſaz folgt weiter, daß

extat auctoritas. Allein das Schreiben des Iſidors an den Biſchof Maſſanus oder Maſſio, woraus die angeführten beyden Stellen entlehnt ſeyn ſollen, iſt noch groſen Zweifeln unterworfen. Man vergleiche hier das vortrefliche Werk des *Car. Sebaſt.* BERARDI über Gratiani canones Part. III. Cap. XXVII. S. 406. (edit. Venet. 1777.)

30) STRYCK U. M. Pand. Tit. de Uſuris §. 17. RICHTER P. II. Dec. 74. a PUFENDORF Tom. I. Obſ. 14. §. 4.

daß der Codex den Inſtitutionen und Pandecten derogi-re. Zwar möchten, wenn wir auf das eigene Zeitalter der einzelnen Verordnungen des Codex ſehen dürften, unter der groſen Zahl derſelben nur wenige gefunden werden, welche der Promulgation nach jünger als die Inſtitutionen und Pandecten ſind, d. i. welche erſt nach dem Jahr 533. in welchem beyde die geſezliche Beſtät-tigung erhalten haben, wären gegeben worden; indem vielmehr das Datum der meiſten Conſtitutionen des Co-dex, welche eine Subſcription haben, zu erkennen giebt, daß ſie ſchon vor dem bemerkten Jahr, mithin vor den Inſtitutionen und Pandecten, ſind bekannt gemacht wor-den. Kein Wunder iſt es alſo, wenn es Rechtsgelehr-te giebt, welche einer andern Meinung ſind, und dem Codex nur in ſofern den Vorzug vor den Pandecten und Inſtitutionen laſſen wollen, als die einzelnen Ge-ſeʒe deſſelben neuer ſind. Unter denen, die dieſes be-haupten, wird nicht leicht einer gefunden werden, der angelegentlicher die Beweiſe für dieſe Meinung zu-ſammengeſucht hätte, als Galvanus [31]), weil es ihm nahe ging, quod, wie er ſagt, licet iam diu in Italia et in Germania non defuerint, qui contrarium errorem interpretum cum maxima Iurisprudentiae utilitate profligaverint, adhuc tamen multi ita hebetes ſunt ac ſtolidi, ut frugibus inventis glandes quaerant, et ſuum more in veteris inſcitiae coeno volutentur. Allein Galvan mag ſagen, was er will, ſo wird ſeine Meinung bey den heutigen Rechtsgelehr-ten

COCCEII Iur. Civ. Controv. Lib. XXII. Tit. 1. Qu. 7. Struben rechtliche Bedenken Th. III. Bed. 33. *de* LUDWIG differentiae iuris Rom. et Germ. in uſuris praecipue ultra alterum tantum. Halae 1740. Quiſtorp Beyträge II. Stück N. IX. S. 157. u. a. m.

31) de Uſufructu Cap. XXXI. n. IX. S. 398-416.

ten ſchwerlich einigen Beyfall finden. Denn kann es Galvanus nicht läugnen, daß die geſezliche Kraft der Pandecten erſt von der Zeit an zu rechnen ſey, da ſie promulgiret worden ſind, wenn gleich das darinn enthaltene Recht ungleich älter iſt, und aus ſehr mancherley Zeitperioden herrührt, ſo muß doch wohl ein gleiches von dem Codex des K. Juſtinians gelten. Da nun derſelbe ein ganzes Jahr ſpäter, als die Pandecten und Inſtitutionen, nehmlich im Jahr 534. bekannt gemacht worden iſt (§. 53.), mithin ganz unläugbar als ein neueres Geſezbuch anzuſehen, ſo iſt natürlich, daß derſelbe beyden, den Pandecten wie den Inſtitutionen, derogiren müſſe, um ſo mehr, da Juſtinian ſelbſt in dem Promulgations-Edict des neuen Codex §. 4. ſagt: *purgatum iam et candidum, omnibus et circumductis et additis et repletis, nec non transformatis, factum eſſe Codicem* [32]). III) Wenn die Pandecten und Inſtitutionen in einer Rechtsmaterie nicht mit einander übereinſtimmen, ſo gehen die Pandecten, als die Quelle und das Original denen Inſtitutionen vor, in ſofern leztere dunkel ſind, oder wohl gar unrichtig aus den erſtern excerpiret worden; In ſofern aber die Inſtitutionen eine offenbare Abänderung, oder avthendiſche Interpretation der Pandecten enthalten, ſind dieſelben als ein neueres Recht, den Pandecten billig vorzuziehen. Die Beweiſe für dieſe Sätze liegen in dem Obligen [33]) (§. 51.). Hier will ich alſo nur noch einige Bei-

32) S. *Ioach.* HAGEMEIER de authoritate iuris civ. et canon. Cap. V. BRUNQUELL Hiſtor. iuris. P. II. cap. 9. §. 18. 19. 20. WALCH Introduct. in controverſ. iuris civ. Proleg. Cap. I. §. 3.

33) S. *Hubert.* BREUER Disquiſ. hiſt. iurid. qua vera Inſtitutionum I. R. textus auctoritas contra erroneam quorundam

Beiſpiele hinzufügen. So z. E. wird man in dem §. 39. de rerum diviſ. wegen des Schazfindens eine ganz abſichtliche Abänderung der L. 3. §. 10. D. de iure fiſci gewahr werden, daß daher die Stelle der Inſtitutionen hierin vorzüglichern Inhalts ſey, hat keinen Zweifel [34]); und vergeblich iſt alle Mühe derjenigen geweſen, die beyde Stellen mit einander zu vereinigen geſucht haben [35]). L. 34. §. 2. D. de Legat. I. aber erhält ihre avthendiſche Erläuterung aus dem §. 6. I. de Legat. und der §. 9. I. eodem beſtimmt den rechten Sinn der L. 82. §. 2. und 3. D. de Legat. I. vortreflich [36]). Im Gegentheil behauptet L. 7. §. 7. D. de acquir. rer. dom. den Vorzug billig vor dem §. 25. I. de rer. div. in welchem die Verfaſſer der Inſtitutionen das Dreſchen des Getraides irrig zur Specification rechnen.

Wenn nun aber der Widerſpruch unter einzelnen Stellen in einerley Sammlung iſt; ſo kommt es wieder darauf an, ob Geſetze im Codex, oder Novellen mit einander ſtreiten, dann gehet es nach der Regel: *lex poſterior derogat priori*; oder ob Stellen in den Inſtitutionen oder Pandecten ſich widerſprechen, in dieſem

rundam opinionem vindicatur. *Bonnae* 1784. §. XI. XII. vorzüglich aber HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. VI. med. 3.

34) Dieſer Meinung ſind auſſer Cujaz, *Ian.* *a* COSTA, *Theod.* MARCILIUS, *Reinh.* BACHOVIUS, *Ev.* OTTO, und a. m. S. D. *Chriſt. Gottl.* RICHTER Exercit. iur. civ. de iure theſauri a mercenario inventi. *Lipſiae* 1773. Cap. I. §. 4.

35) Z. B. CHARONDAS Lib. I. Veriſimil. cap. 21. GALVANUS de Uſufructu cap. XXX. *van de* WATER Obſervat. iur Rom. Lib. III. cap. 3. Dieſe widerlegt aber RICHTER a. a. O.

36) S. *van de* WATER Lib. III. Obſervat. cap. 10.

ſem leztern Falle läſſet ſich entweder das Zeitalter der ſich widerſprechenden Verordnungen beſtimmen, welches beſonders in den Inſtitutionen leicht iſt, weil faſt bey jeder Materie die Abwechſelungen des Rechts chronologiſch ſind dargeſtellet worden, oder nicht, im erſtern Fall muß eben wieder die Regel gelten, das neuere Recht iſt dem ältern vorzuziehen; iſt aber das leztere, ſo kommt alsdenn die ſchon oben (S. 312.) gegebene Regel zur Anwendung [37]).

§. 81.

Rechtsanalogie. Naturrecht. Verhältniß zwiſchen Geſezbüchern und Gewohnheitsrechten.

Allein — wird man zulezt noch fragen, wie? wenn uns alle dieſe Geſetze verlaſſen ſollten, von welchen wir bisher geredet haben, was werden dann für Richtſchnuren des bürgerlichen Privatrechts gelten? — die Rechtsanalogie? daß dieſe als eine Quelle des bürgerlichen Privatrechts anzuſehen, will ich gar nicht läugnen. Allein da der Grund aller Analogie des Rechts auf der Uebereinſtimmung mit der Abſicht und dem Willen des Geſezgebers beruhet, (§. 37.) ſo darf man wohl nicht ſagen, daß uns bey Entſcheidung eines Rechtsfalles die Geſetze verlieſen, ſo lange uns noch der Weg der Analogie offen ſtehet. Wer mir nicht glauben will, traue wenigſtens den Worten **Ulpians** [38]), der uns lehrt: *verbum*

[37]) NETTELBLADT in Syſtem. elem. Iurispr. poſit. Germ. general. Lib. I. Sect. III. §. 180. n. 1. S. 104. *Si contrarietas eſt in una eademque Legum compilatione* 1) Novellarum *et* Codicis, *poſterior derogat priori*; 2) Inſtitutionum *et* Pandectarum, *is textus praeferendus*, *qui analogiae iuris Romani magis conformis eſt*, *vel uſu receptus.*

[38]) *L. 6. §. 1. D. de Verbor. Signif.*

verbum ex legibus ſic accipiendum eſſe, tam ex legum ſententia, quam ex verbis. Und dieſe Rechtsanalogie wird daher auch in der Ordnung denjenigen Plaz einnehmen, wo das Recht ſtehet, von deſſen Analogie die Rede iſt.

Wie ſoll alſo in Ermangelung poſitiver Privatgeſetze beſtimmt werden, was in einem Falle recht oder unrecht, wozu dieſer verbunden, jener berechtiget ſey? — Da iſt nun die lezte Zuflucht zu demjenigen Recht zu nehmen, welches die geſunde Vernunft jeden Menſchen lehret [39]). Denn daß das Naturrecht auch in der bürgerlichen Geſellſchaft gelte, iſt eine unbeſtrittene Wahrheit. (§. 17.) Indes bleibt dieſes doch immer nur die leztere Zuflucht, ſollten daher ungeſchriebene Geſetze, d. i. rechtsbewährte und erwieſene Gewohnheiten vorhanden ſeyn, ſo ſtehen dieſe mit geſchriebenen Geſetzen in einerley Verhältnis, und dienen, wenn ſie ſonſt nur nicht den guten Sitten, der Religion und der gemeinen Wohlfahrt entgegen, und aus ſolchen Gründen etwa verwerflich ſind, in ſofern allerdings zur Entſcheidung.

Wie aber, wenn Geſezbücher und Gewohnheitsrechte in Colliſion gerathen? Wie, wenn Gebräuche, die ohne ausdrückliche Genehmigung der höchſten Gewalt in Gang gekommen ſind, mit dem, was geſchriebene Geſetze enthalten, im Widerſpruch ſtehen, wie wird das Verhältniß derſelben gegen einander ſeyn? Da wir über

39) *Ubi enim iuris civilis aut poſitivi cuiuscunque deficit definitio, ibi Iuris Naturalis diſpoſitio defectum ſupplet*, ſagt der berühmte Herr geiſtliche Rath ENDRES in ſeiner vortreflichen Diſſ. de neceſſario iurisprudentiae naturalis cum eccleſiaſtica nexu, et illius in hac uſu. *Wirceb.* 1761. Cap. I. §. XIX. in SCHMIDT *Theſ. Iur. Eccleſ.* T. I. N. I. S. 16.

über dieſen Gegenſtand ſchon eine vortrefliche Abhandlung [40]) haben, ſo darf ich mich hier ganz kurz faſſen. Es iſt nichts ungewöhnliches, daß eine vom geſchriebenen Geſetze abweichende Gewohnheit, wenn ſie ſonſt nur die erforderlichen Eigenſchaften eines ächten Gewohnheitsrechts an ſich trägt, ſelbſt über die ausdrückliche Vorſchrift der Geſetze die Oberhand gewinnet. Nur muß ſolche entweder neuer, als das geſchriebene Geſez ſeyn, und, daß ſie vom Landesherrn wirklich gebilliget ſey, deutlich erwieſen werden können; oder, wenn ſelbige etwa ſchon vorher in einem Lande feſten Fuß gefaſſet haben ſollte, ehe darin ein Geſezbuch eingeführt wurde, gewiß ſeyn, daß ſie ſich im Gebrauch erhalten habe. Denn da Gewohnheiten immer nur auf der Frage beruhen: wie es bisher gehalten worden ſey? mithin eine hiſtoriſche Kenntnis erfordern, die ungleich gröſere Schwierigkeit hat, als die Kenntnis eines ſchriftlich abgefaßten allgemeinen Rechtsſatzes; ſo wird in Widerſpruchsfällen die Vermuthung immer für die Gültigkeit des geſchriebenen Geſetzes ſtreiten, bis die entgegenſtehende Gewohnheit durch den Beweiß ihrer unwandelbaren Obſervanz in völlige Gewißheit geſetzet worden iſt. Es werden dieſe Sätze durch den folgenden Titel ein mehreres Licht erhalten, in welchem die Lehre vom Gewohnheitsrecht erkläret werden wird.

40) Pütters Abhandlung vom Verhältniſſe zwiſchen Geſezbüchern und Gewohnheitsrechten, in Deſſelben Beyträgen zum teutſchen Staats- und Fürſten-Rechte II. Th. N. XXI. S. 1-22.

Lib.

Lib. I. Tit. III.

de

Legibus, Senatusconſultis et longa conſuetudine.

Der gröſte Theil der unter dieſer Ueberſchrift in unſern Pandecten geſammleten Fragmente der römiſchen Rechtsgelehrten enthalten allgemeine Grundſätze von der Natur, Auslegung und Anwendung poſitiver Geſetze, und in ſo weit haben wir ſchon in dem erſten Titul unſers Commentars davon Gebrauch gemacht. Allein die LL. 32 — 39. handeln vom Gewohnheitsrechte, und dieſe, verbunden mit dem Titel des Codex: *quae ſit longa conſuetudo*, machen die Quellen der jezt zu erörternden Rechtslehre aus. Auch im Canoniſchen Geſezbuche finden wir hierher gehörige Stellen, denn nicht nur die Decretalen Gregors IX. ſondern auch der liber ſextus Bonifacii VIII. enthält einen Titel *de conſuetudine*. (Lib. I. Tit. 4.) Jedoch iſt bey dem Gebrauch dieſer Quellen eine doppelte Vorſicht nöthig; a) daß man dabey jederzeit auf teutſche Verfaſſung, und deren Unterſchied von der römiſchen Rückſicht nimmt. Ohne dieſe Regel zu beobachten, iſt es unmöglich, diejenigen Irrthümer zu vermeiden, die wir in der Materie vom Gewohnheitsrechte nach der gewöhnlichen Vorſtellungsart finden. Bey den Römern, wo die Gerichte öffentlich vor den Augen des Volks, in deſſen Händen ſich die geſezgebende Gewalt befand, gehalten wurden, und wo in der Folge die Kaiſere ſelbſt ſich mit Entſcheidung der Rechtshändel beſchäftigten; konnte man immer mit mehrerer Gewißheit aus der öfteren Wiederholung gleich-

gleichförmiger Handlungen, wenn kein Wiederſpruch geſchahe, den ſtillſchweigenden Willen des Geſezgebers annehmen; als bey uns, wo die Landesherrn von dem Verfahren der Gerichte eine ſolche Wiſſenſchaft nicht haben. Es dürfte alſo heutiges Tages das Argument von dem Stillſchweigen des Landesherrn auf deſſelben Genehmigung ziemlich unſicher ſeyn, wenn nicht zu erweiſen ſtehet, daß die Gewohnheit, wovon die Frage iſt, wirklich zur Wiſſenſchaft des Landesherrn gekommen, indem, wenn dieſelbe geſchriebenen Geſetzen gerade entgegen gehen ſollte, der Buchſtabe des Geſetzes ſodann immer einen überwiegenden Beweiß von dem Gegentheil abgeben würde. Bey den Römern traten überhaupt noch andere Umſtände hinzu, die ſie gewiſſermaſſen in die Nothwendigkeit sezten, Gewohnheitsrechte gelten zu laſſen, nehmlich der Mangel an geſchriebenen Geſezen, deren Unzulänglichkeit, und die Schwierigkeiten, welche mit der Legislation auf den Comitien verbunden waren; ſie nahmen überdies Gewohnheitsrechte weit lieber, als geſchriebene Geſetze, an, weil erſtere, als Früchte der Avtonomie, der Freiheit des Volks mehr ſchmeichelten, als die leztern, deren drohende Worte in aufgehangenen ehernen Tafeln geleſen wurden. Man wird ſich nun hieraus erklären können, warum das ius civile Romanorum, quod ſine ſcripto uſus comprobavit, wie Juſtinian [1]) ſich ausdrückt, von jeher ungleich reichhaltiger an Rechtswahrheiten, als das geſchriebene Recht, geweſen. b) Eine zweite Vorſicht, bey heutiger Anwendung jener fremden Rechte in der Lehre vom Gewohnheitsrecht iſt, daß man in den einzelnen Geſezſtellen immer auf die Bedeutung des Worts conſuetudo genau Acht gebe; denn daß die Geſezgeber dieſes Wort nicht überall im eigentlichen Sinne genommen haben, wird

[1]) *§. 9. I. de I. N. G. et C.*

wird ſich in der Folge zeigen. Hätte man hierauf mehrere Aufmerkſamkeit verwendet, ſo würde vielleicht mancher Zweifel über den Verſtand dieſer oder jener Geſezſtelle, leichter gehoben, ja mancher Irrthum vermieden worden ſeyn. Die Fabel von der Präſcription der Gewohnheitsrechte giebt ein deutliches Beiſpiel davon. Uebrigens iſt die Lehre vom Gewohnheitsrechte deſto wichtiger, je gröſern Einfluß ſie auf das Anſehen der geſchriebenen Geſetze hat, welches, wenn beſonders von den fremden in Teutſchland recipirten Geſetzen die Rede iſt, oft nur gar zu voreilig unter dem Schilde entgegenſtehender Rechtsgewohnheiten und Obſervanzen beſtritten zu werden pflegt. Unter den dieſe Materie erläuternden Academiſchen Schriften will ich auſſer denen, die in Lipenius, und Schotts Supplementen ſtehen, nur noch folgende anführen: *de* SENCKENBERG de iure obſervantiae ac conſuetudinis in cauſis publicis privatisve *Gieſſae* 1743. *Ger. von dem* BUSCH diſſ. de conſuetudine, unde et quando vim legis obtineat *Goettingae* 1752. rec *Halae* 1773. und *Car. Chriſtph.* HOFACKER D. de iure conſuetudinis ſecundum doctrinam iuris naturalis et romani. *Tübingae* 1774.

Dieſes vorausgeſchickt ſchreiten wir nunmehro zur Abhandlung der Lehre vom Gewohnheitsrechte ſelbſt, und erinnern nur noch, daß hier bloß vom Privat-Gewohnheitsrechte die Rede ſey, indem die Materie vom Staatsherkommen, welches von jenem ganz unterſchieden iſt, in das Gebiet des teutſchen Staatsrecht gehört, mithin eigentlich auſſer unſerer Sphäre liegt.

§. 82.

Eintheilung des Rechts in geſchriebenes und nicht geſchriebenes. Erläuterung der §.3. u. folgg. *I. de I. N. G. et C.* und *L.32. et 35. D. de LL.*

Es iſt eine nicht nur in den Geſetzen ausdrücklich enthaltene [2]), ſondern auch ſehr wichtige Eintheilung des Rechts, wenn ſolches, für Geſez genommen, in ein **geſchriebenes** (ius ſcriptum, lex ſcripta), und **nicht geſchriebenes** (ius non ſcriptum, lex non ſcripta) eingetheilet wird. Dieſe muß zuerſt erkläret werden, weil ſie bey dem Begriffe des Gewohnheitsrechts, als welches, wie **Juſtinian** [3]) ſagt, ex non ſcripto venit, zum Grunde liegt. Die Begriffe der Rechtsgelehrten ſtimmen jedoch darinn nicht überein, was eigentlich **geſchriebenes** und **nicht geſchriebenes** Recht zu nennen ſey. Die meiſten ſagen, das ius ſcriptum ſey ein ſolches Recht, was **ausdrücklich** vom Geſezgeber iſt bekannt gemacht worden; ius non ſcriptum ſey hingegen dasjenige, ſo mit ſtillſchweigender Einwilligung des Geſezgebers durch **Gewohnheit** entſtanden iſt. Die **Scriptur** ſey alſo bey einem geſchriebenen Geſez nichts weſentliches [4]). Eben dies ſcheint auch die Meinung unſers A. zu ſeyn. Andere [5]) verwerfen

[2]) *§.3. I. de I. N. G. et C. L. 6. §.1. D. de Iuſt. et Iure. L.32. D. de LL.*

[3]) *§.9. I. de I. N. G. et Civ.*

[4]) WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Inſtitution. Lib. I. Tit. II. §. 24. ſagt: SCRIPTUM *dicitur, quia plerumque ſcribi ſolet: Scriptura enim non eſt de eſſentia legis.* Man ſehe auch HUBER Praelect. Inſtitut. *tit. de iur. nat. gent. et civ. §.7.*

[5]) Dieſer Meinung ſind *Chriſt. Lud.* CRELL Obſervat. de origine et virtute iuris non ſcripti. *Vitemb.* 1739. §. 1. und GEBAUER *Ord. Inſtitut. Iuſtinian.* Lib. I. Tit. II. §. 7. und folgg.

werfen hingegen dieſe Begriffe ſchlechterdings, und glauben, daß ſolche dem römiſchen Sprachgebrauch ganz zuwieder wären; nach dieſem ſey vielmehr ius ſcriptum dasienige Recht zu nennen, was ſchriftlich aufgezeichnet iſt; ius non ſcriptum aber heiſſe ein ſolches, welches blos durch das Gedächtniß und den Gebrauch, ohne ſchriftlichen Aufſatz, erhalten wird [6]). Noch andere [7]) wollen auch dieſe Begriffe nicht ganz billigen, ſondern erfordern zu einem geſchriebenen Rechte im Sinn des römiſchen Rechts, erſtens, daß es ſich auf den ausdrücklich erklärten Willen des Geſezgebers gründe, und zweitens, daß es ſchriftlich abgefaßt ſey. Inſonderheit aber ſey in den älteſten Zeiten der Römer ius ſcriptum dasienige Recht genennet worden, was feyerlichſt durch die Stimmen des Volks auf den Comitien als Geſez gebilliget, und in ehernen Tafeln aufgezeichnet worden; in den neuern Zeiten aber habe man mit dieſem Nahmen dasienige Recht bezeichnet, was vom Kaiſer ſelbſt, oder wenigſtens unter Auctorität und mit ausdrücklicher Genehmigung deſſelben ſchriftlich wäre bekannt gemacht worden. Alles dieſes beſtättige die unten angeführte Stelle des Kr. Juſtinians [8]), in welcher die verſchiedenen Gattungen des geſchriebenen Rechts der Römer aufgezählet werden. *Scriptum ius*

 eſt

[6]) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 102. S. 84. — SCRIPTUM IUS dicitur, quod *in ſcripturam comprehenſum* cuſtoditur; NON SCRIPTUM vero, quod *memoriae tantum mandatur*, ut pro lege obſervetur.

[7]) Beſonders *Gottl.* STURM in Diſſ. de diſtinctione iuris ſcripti et non ſcripti antiquitati reſtituta. *Ienae* 1725 inter EIUS *Diſſertat. Ienenſ. Vitembergae editas.* S. 20. und folgg.

[8]) *§. 3. I. de I. N. G. et C.*

eſt lex, plebiſcitum, Senatusconſultum, Principum placita, magiſtratuum edicta, reſponſa prudentum. Prüfe man dieſe Geſezarten, ſo werde man finden, daß ſie alle die oben angeführte Kenntzeichen eines geſchriebenen Rechts an ſich trügen; denn leges wurden durch die Stimmen des ganzen Röm. Volks auf den comitiis centuriatis; plebiſcita aber zwar nur in den Verſammlungen der Plebejer, und ohne Zuſtimmung des Senats, gemacht, aber ſie waren doch ſeit dem Geſez des Hortenſius [9]) auch für die Patricier unläugbar verbindlich; und beide wurden in ehernen Tafeln aufgezeichnet. Eben dieſes geſchahe mit den Senatusconſultis; denn ſeit den Zeiten des K. Tibers vertrat der Senat die Stelle des Volks, und der Kaiſer, als princeps Senatus, ſchlug den verſammleten Vätern Geſetze ungefähr auf die Art vor, wie in den Zeiten der Freyheit von einer Senatoriſchen oder Plebeiiſchen Magiſtratsperſohn die rogatio (Vortrag) an das Volk geſchahe. Sogar die Rede des Kaiſers an den Senat pflegte man in Erz zu graben [10]). Die conſtitutiones Principum wurden zwar ohne Solennität, blos durch den Willen des Kaiſers, aber doch ſchriftlich publicirt. Die Worte Juſtinians §. 6. *Quodcumque Imperator per epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, vel edicto praecepit, legem eſſe conſtat: haec ſunt, quae Conſtitutiones appellantur*; gäben ſolches ſelbſt genugſam zu erkennen; womit auch Ulpian [11]) übereinſtimme. Vielleicht ſey auch manche kaiſerliche Verordnung in Erz gegraben worden. Die Edicte der Prätoren und der curuliſchen Aedilen wurden

9) *§. 4. I. eod. L. 2. §. 8. D. de O. I.*

10) PLINIUS *Panegyr.* cap. 75. init.

11) *L. 1. §. 1. D. de conſtitut. princip.*

den zwar ſchriftlich bekannt gemacht, allein vor den Zeiten K. Hadrians rechnete man ſie doch nur zum iure non ſcripto, weil ſie erſt durch die beſtändige und ununterbrochene Beobachtung mit ſtillſchweigender Genehmigung des Volks eine geſezliche Kraft erhielten; allein ſeitdem ſie K. Hadrian in das Edictum perpetuum zuſammenfaſſen ließ, und dieſes als Geſezbuch promulgirte, haben ſelbige vim iuris ſcripti, ipſa Imperatoris voluntate, erhalten [12]). Auch die römiſchen Rechtsgelehrten ertheilten ihre Gutachten ſchriftlich, ſeitdem Auguſt ſie ſelbſt zu dieſem Geſchäft autoriſirt, und die Richter aus politiſchen Staatsabſichten von dieſen Orakeln des Rechts abhängig gemacht hatte [13]); und Juſtinian legte ihnen vollends die Kraft eines geſchriebenen Rechts dadurch bey, daß er aus den Reſponſis und Commentarien der römiſchen Juriſten die Pandecten compiliren ließ. Hieraus ergebe ſich alſo unwiederſprechlich, daß auſſer der ausdrücklichen Willenserklärung des Geſezgebers die Scriptur zum Begriff eines geſchriebenen Rechts, wenigſtens nach der Idee der Römer, ſchlechterdings erfordert werde. *Ius non ſcriptum* hingegen ſey im Sinn des römiſchen Rechts, dasienige Recht zu nennen, dem es entweder an der Scriptur, oder an der ausdrücklichen Willenserklärung des Geſezgebers, oder an beyden zugleich mangele. Zwar habe Juſtinian in ſeinen Inſtitutionen [14]) nur einer Gattung des nicht geſchriebenen Rechts ausdrückliche Erwähnung gethan, nehmlich des Gewohnheitsrechts: SINE SCRIPTO *ius venit*, ſagt er, *quod uſus approbavit: nam diuturni mores, conſenſu utentium comprobati,*

12) *§. 7. I. de I. N. G. et C.*

13) *§. 8. I. eod.*

14) *§. 9. I. eod.*

bati, legem imitantur; allein daß er damit die übrigen nicht ausgeſchloſſen haben wolle, ſey aus dem folgenden §. zu erſehen: Et non ineleganter in duas ſpecies ius civile diſtributum eſſe videtur: nam origo eius ab inſtitutis duarum civitatum, Athenarum ſc. et Lacedaemoniorum, fluxiſſe videtur. In his enim civitatibus ita agi ſolitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus obſervabant, *memoriae mandarent*: Athenienſes vero ea, quae in legibus *ſcripta comprehendiſſent*, cuſtodirent. Hierdurch werde zu erkennen gegeben, daß ein zwar ausdrücklich, aber doch nur mündlich vom Geſezgeber bekannt gemachtes Geſez ad ius non ſcriptum gehöre.

Man ſiehet wohl aus der ganzen Darſtellung dieſer verſchiedenen Begriffe, daß Juſtinian hauptſächlich an dieſer Verwirrung ſchuld ſey, indem derſelbe §. 10. ganz offenbar nicht geſchriebenes Recht im juriſtiſchen und grammatiſchen Sinn vermiſcht, und hierdurch auf den Irrwahn gerieth, den Urſprung des nicht geſchriebenen Rechts, ſo durch Gewohnheit entſtanden, von den Lacedämoniern herzuleiten [15]). Wir können aber hierin

[15]) Verſchiedene Rechtsgelehrte wollen zwar den K. Juſtinian vertheidigen, wenn er den Urſprung des nicht geſchriebenen Rechts von den Lacedämoniern, des geſchriebenen aber von den Athenienſern ableitet; weil die Geſetze der Könige vorzüglich aus den Verfaſſungen der Lacedämonier, die Zwölftafelgeſetze aber aus den Geſetzen der Athenienſer ihren Urſprung genommen; S. GALVANUS de Uſufructu Cap. VI. S. 45. OTTO praefat. Theſaur. T. III. und in Commentar. ad Inſtitut. h. t. §. 10. *Henr. Io.* ARNTZENIUS Specim. Obſervation. cap. XII. S. 92. Allein deswegen waren doch die Geſetze der Könige ſo wenig, als die Geſetze des Lycurgs Gewohnheitsrechte; ſie waren nicht einmahl νόμοι ἄγραφοι. DIONYSIUS lib. II. S. 94. (edit. *Sylburg.*)

hierin den Kaiſer um ſo weniger folgen, je bekannter es iſt, daß diejenigen Geſetze, die Lycurg ſeinem Volke gab, keine Gewohnheitsrechte, ſondern nur ungeſchriebene Geſetze im grammatiſchen Sinn gewesen, die ſeine Bürger auswendig lernen muſten. Juſtinian redet hier nicht als Geſezgeber, ſondern macht den Hiſtoricus, und in ſolchen Fällen hat Schulting[16]) ganz richtig geurtheilt, wenn er ſagt, in rebus facti, qualis haec eſt, Imperatoris non maior eſt auctoritas, quam alicuius hiſtorici, adeoque hic ab illo licet diſſentire. Vergleicht man dagegen die Fragmente dieſes Titels der Pandecten, ſo wird man daraus ſehen, daß dem iuri ſcripto allemahl dasjenige ius, quod moribus et conſuetudine inductum eſt, entgegen geſetzet wird. Nicht nur Julian[17]), ſondern vorzüglich auch Hermogenian[18]) unterſcheidet auf dieſe Art geſchriebenes und nicht geſchriebenes Recht; und daß erſteres im eigentlichen Verſtande anders nichts, als ein vom Geſezgeber ausdrücklich bekannt gemachtes Recht ſey, giebt Julian durch die Worte deutlich zu verſtehen: *quid intereſt, ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis et factis?* ohne dabey des Erforderniſſes einer ſchriftlichen Promulgation zu gedenken. Zwar wendet man dagegen ein, daß jene römiſche Juriſten die demokratiſche Ver-

16) SCHULTING ad Caji Inſtitut. Lib. I. not. 6. *Iurisprud. Antejuſt.* S. 2

17) *L. 32. pr. D. h. t.* De quibus cauſis *ſcriptis* legibus non utimur, id cuſtodiri oportet, quod *moribus et conſuetudine* inductum eſt.

18) *L. 35. D. eod.* Sed et ea, quae *longa conſuetudine* comprobata ſunt, ac per annos plurimos obſervata, *velut tacita civium conventio*, non minus, quam ea, quae *ſcripta* ſunt *iura*, ſervantur.

Verfaſſung Roms vor Augen gehabt, nach welcher die Geſetze der Nation auf den Comitien, ohnehin ſchriftlich, wären verfaſſet worden [19]). Allein dieſer Einwurf iſt ganz ungegründet, denn beyde oben gedachte Rechtsgelehrte lebten unter den Kaiſern, und man ſiehet aus ihrem Vortrag ganz deutlich, daß ſie von ihren Zeiten reden. Dem römiſchen Zepter waren jedoch zu den Zeiten dieſer Rechtsgelehrten mancherley Nationen unterthan, die ihre eigene Rechte hatten, welche unter dem Nahmen *Lex municipalis* in unſern Pandecten angeführet werden [20]). Solche municipia konnten vermöge der ihnen verſtatteten Avtonomie nicht nur communi velut ſponſione ſich ſelbſt geſchriebene Geſetze machen, ſondern auch gleichſam durch einen ſtillſchweigenden Vertrag ein Gewohnheitsrecht einführen [21]). Von dieſen haben wahrſcheinlich beyde römiſche Juriſten geredet [22]), welches beſonders daraus erhellet, weil Julian ſagt, daß, wenn weder geſchriebenes, noch Gewohnheitsrecht eine Entſcheidungsnorm gäbe; auch aus der

19) STURM in der angeführten *Diſſert.* §. XX. Not. a.

20) *L. 3. §. 5. D. de ſepulchro viol.* und *tot. Tit. D. ad municipalem*, ſc. legem, wie *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. II. Theſ. Iur. Rom. S. 12. gegen Cujaz erwieſen hat. Lex municipalis wird unterweilen auch *lex civitatis* L. 1. D. de muner. et honor. ferner *lex cuiusque loci*, L. 5. §. 1. D. de iure immunitat. auch *lex* ſchlechtweg genennt L. 3. D. quod cuiusq. univ. nom. L. 12. D. de appellat. L. 11. D. de Decurion. *L. un. D. de via publ.* S. *Ge. D'* ARNAUD var. Coniectur. iuris civ. Lib. I. cap. 18.

21) *Adr. Deodat.* STEGER Diſſ. ad Legem municipalem Romanorum. Lipſ. 1738.

22) S. *Ioſ.* FINESTRES *et de* MONSALVO in Hermogeniani iuris epitomar. libros VI. Commentar. Tom. I. ad L. 35. D. LL. S. 216.

der Aehnlichkeit der Fälle keine Regel abſtrahiret werden könne, dasjenige Recht ſodann beobachtet werden müſſe, quo urbs Roma utitur [23]).

Aus dieſen allen erhellet nun ſoviel, daß man bey Beſtimmung der Begriffe des geſchriebenen und nicht geſchriebenen Rechts einen zwifachen Sinn unterſcheiden müſſe, den eigentlichen oder juriſtiſchen, und den uneigentlichen oder grammatiſchen. In dem erſtern Verſtande heiſſet *lex ſcripta* ein ſolches Geſez, was ſeine Verbindungskraft durch den ausdrücklich erklärten Willen des Geſezgebers erhalten hat. Hingegen ein ſolches Recht, ſo ſich urſprünglich nicht auf den ausdrücklich bekanntgemachten Willen des Geſezgebers gründet, ſondern durch Gewohnheit entſtanden iſt, wird *ius non ſcriptum* im juriſtiſchen Verſtande genennt [24]).

Pau-

23) *L. 32. pr. D. de LL.* De quibus cauſis ſcriptis legibus non utimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus et conſuetudine inductum eſt; et ſi qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et conſequens ei eſt: ſi nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, ſervari opportet. — *Senſus eſt:* wie *Ant.* FABER Rational. in Pandect. h. l. dieſe Stelle richtig erklärt, *in iure non ſcripto interpretando idem faciendum eſſe quod in ſcripto, ut ſi quando deficiat, ſupplendum ſit ex eo, quod in ſimilibus cauſis et quae maiorem cum propoſito caſu adfinitatem habeant, conſtitutum vel receptum inveniatur. Quod enim legibus ſcriptis ineſſe credi oportet, ut ad eas quoque perſonas, et ad eas res pertineant, quae quandoque ſimiles erunt, L. 27. D. h. tit. idem de moribus quoque et conſuetudine dici poteſt.*

24) Daß dieſe Begriffe nicht nur bey denen röm. Rechtsgelehrten, ſondern auch bey andern claſſiſchen Auctoren gebräuchlich ſind, hat *Ge.* D'ARNAUD in var. Coniectur. iur. civ.

Paulus [25]) nimmt noch eine dritte Gattung an, die er *mixtum ius*, d. i. utroque, ſcripto et non ſcripto, conſtans, nennt, und giebt zum Beiſpiel die iniuriarum actio, quae lege Cornelia conſtituta eſt. Im grammatiſchen Sinn aber heiſſet ein Recht oder Geſez alsdann geſchrieben, wenn es ſchriftlich verfaßt, und nicht geſchrieben, wenn es nicht ſchriftlich aufgezeichnet iſt, ſondern blos durch das Gedächtnis erhalten wird Nach dieſem Unterſchiede kann daher 1) ein Recht ein geſchriebenes oder ungeſchriebenes in beyderley Verſtande zugleich ſeyn. 2) Es kann ein Recht, das im grammatiſchen Sinn ungeſchrieben iſt, dennoch ein geſchriebenes Recht im juriſtiſchen Verſtande, und ſo auch umgekehrt ſeyn. 3) Es kann ein Recht, ſeinem Urſprung nach ungeſchrieben im juriſtiſchen Verſtande ſeyn, und in ein geſchriebenes Recht im juriſtiſchen Sinn verwandelt werden. Das römiſche Recht giebt uns davon genug Beyſpiele, wie aus Gewohnheitsrechten in der Folge Geſezbücher entſtehen können. War nicht das ganze ius honorarium, welches aus den Edicten der Prätoren und anderer römiſcher Magiſtratsperſohnen herſtammt [26]), desgleichen das ei-

genl-

civ. Lib. I. cap. X. mit vielen Stellen der Alten erwieſen. Jedoch verſtanden die alten Philoſophen, ſo wie auch die alten chriſtl. Kirchenſcribenten unter *ius non ſcriptum* auch das Naturrecht, ſo Gott dem Menſchen gleichſam ins Herz geſchrieben, wie der Apoſtel ſagt.

25) *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 4. §. 6. u. 8. beym SCHULTING Iurispr. Antejuſt. S. 439. folg.

26) CICERO *de inventione* lib. II. c. 22. und in dieſer Hinſicht ſchreibt auch der Juriſt PAULUS *Sentent. Recept.* V. 4. 6. 7. nahmentlich die vom Prätor eingeführte actionem iniuriarum aeſtimatoriam den *moribus* zu.

gentlich ſogenannte *ius civile*[27]), ſo aus den Geſezerklärungen und Gutachten der römiſchen Rechtsgelehrten ſeinen Urſprung genommen, und durch den Gerichtsgebrauch beſtättiget worden, urſprünglich bloſes Gewohnheitsrecht (ius non ſcriptum), und doch konnte Juſtinian zu ſeinen Zeiten beydes ganz richtig zum ius ſcriptum zählen[28])? Auch in neuern Zeiten ſind die Beyſpiele hiervon nicht ſelten. Nur darf in einem ſolchen Falle, da bisherige Gewohnheitsrechte in geſchriebene Geſetze verwandelt werden, ihre urſprüngliche Eigenſchaft nie vergeſſen, und daher ſolche mit andern Geſetzen, die ganz neue Verordnungen enthalten, nie auf einerley Fuß behandelt werden. Wenigſtens der Rechtsgelehrte muß immer eingedenk ſeyn, daß der Inhalt ſolcher Geſetze ſchon lange vorher ſeine Rechtskraft hatte, und daß alſo der Urſprung und der wahre Grund eines ſolchen Rechts nicht erſt in jenen neuern Geſetzen, ſondern ſchon in weit ältern Zeiten zu ſuchen iſt. Denn ſonſt würde man in Auslegung und Anwendung ſolcher Geſetze nur gar zu oft das wahre Ziel verfehlen[29]). Endlich 4) kann auch ein urſprünglich kundgemachtes Recht vim legis ſcriptae verliehren, und nur als Gewohnheitsrecht (tanquam ius non ſcriptum) beybehalten werden. Die Geſetze der römiſchen Könige, die Geſetze der alten teutſchen Völker, die Capitularien der frän-

27) *L. 2. §. 5. D. de O. I.* — Haec diſputatio (fori) et hoc ius, quod *ſine ſcripto* venit, compoſitum a *Prudentibus*, propria parte aliqua non appellatur — ſed communi nomine appellatur IUS CIVILE, und §. 12. heißt es: eſt proprium IUS CIVILE, quod *ſine ſcripto* in ſola *Prudentium* interpretatione conſiſtit.

28) *§. 3. I. de I. N. G. et Civ.*

29) S. Pütters Beyträge zum T. Staats- und Fürſten-Rechte. 2. Th. S. 22.

fränkiſchen Könige u. a. m. geben uns davon ſehr treffende Beyſpiele. Daher kann man ſich's erklären, warum die römiſchen Juriſten daßjenige Recht, welches durch die Geſetze der römiſchen Könige iſt eingeführet worden, z. B. ius patriae poteſtatis, cura prodigorum, u. d. m. den moribus zuſchreiben [30]). Exactis enim regibus, erzählt uns Pomponius [31]), Lege Tribunicia, omnes leges hae (regiae) exoleverunt: iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et *conſuetudine* ali, quam per latam legem.

§. 83.

Verſchiedene Gattungen des nicht geſchriebenen Rechts. Herkommen. Gewohnheit. Obſervanz.

Das nicht geſchriebene Recht kann nun von ſehr verſchiedener Beſchaffenheit ſeyn. Einmahl ein ſolches, ſo zwar ehemals ausdrücklich bekanntgemacht, aber nicht ſchriftlich verfaſſet worden, ſondern ſich blos durch den Gebrauch erhalten hat, und ſo auf die Nachkommen fortgepflanzet worden iſt; dieſes wird *ius traditum* [32]), ein hergebrachtes Recht, Herkommen genennt. Von dieſer Beſchaffenheit waren vor Zeiten die meiſten Reichstagsſchlüſſe. Sie wurden bis gegen

30) *L. 8. D. de his qui ſui vel al. iuris. L. 1. D. de curat. furioſ. Ev.* OTTO in Papiniano Cap. VII. §. 1. S. 130. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opuſcul. minorib. varii argum. S. 59.

31) *L. 2. §. 3. D. de Or. Iuris.*

32) Im Römiſchen Rechte heißt *ius per manus traditum*, deſſen *L. 10. D. de iure codicillor.* Erwähnung geſchiehet, dasjenige ius, quod ſine ſcripto traditionibus inductum eſt veterum Iuriſconſultorum, und ſonſt unter dem Nahmen der *mediae iuriſprudentiae* bekannt iſt. S. GALVANUS de Uſufructu. Cap. VI. S. 46. u. folg.

gegen Ende des funfzehenden Jahrhunderts ſelten förmlich ausgefertiget. Man publicirte ſie zwar, aber nur mündlich. Daher wurden ſie in der Eigenſchaft der Reichsſatzungen bald unbekannt und vergeſſen, und nur als ein Herkommen beybehalten und beobachtet. Eine Urſache, warum wir ſo wenig alte ächte Reichsſatzungen haben [33]). Ein ſolches herkömmliches Recht iſt nun zwar im grammatiſchen Sinn ein nicht geſchriebenes Recht, das durch den Gebrauch erhalten wird; allein in ſofern doch die urſprüngliche Bekanntmachung deſſelben erwieſen werden kann, hat es die Natur eines geſchriebenen Rechts im eigentlichen oder juriſtiſchen Sinn, und darf mithin nicht nach den Grundſätzen eines Gewohnheitsrechts beurtheilet werden. Entſtehet demnach über die Gültigkeit eines ſolchen Rechts ein Zweifel, ſo darf nur erwieſen werden, daß die ehemalige ausdrückliche Kundmachung deſſelben geſchehen ſey; iſt dieſe auſſer Zweifel geſezt worden, ſo muß die Vermuthung für die Gültigkeit eines ſolchen Geſetzes oder Rechts ſo lange Statt finden, bis das Gegentheil von dem andern dargethan wird [34]). Sollte aber die Bekanntmachung eines ſolchen Rechts ſo ganz in Vergeſſenheit gerathen ſeyn, daß von derſelben keine Beweiſe dargeleget werden könnten, ſo wird es nun als ein Gewohnheitsrecht zu betrachten, und nach den Grundſätzen, die davon gelten, zu beurtheilen ſeyn.

Zweitens kann das nicht geſchriebene Recht ein ſolches ſeyn, ſo ſich urſprünglich nicht auf den ausdrücklich bekanntgemachten Willen

33) Car. Fried. Gerſtlachers Abhandlung von den Geſetzen und Ordnungen des teutſchen Reichs. 1. Band 1. Cap. S. 16. 17.

34) Eichmann Erläuterung des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 365. u. folgg.

Willen des Geſezgebers gründet, und dann iſt es entweder durch Gewohnheit, oder durch Obſervanz eingeführet worden. Was nun aber eine Gewohnheit ſey, und wie ſie ſich von der Obſervanz unterſcheide, wird der folgende §. lehren.

§. 84.

Verſchiedene Bedeutung der Worte *conſuetudo*, und Gewohnheit. Unterſchied zwiſchen Gewohnheit in eigentlicher Bedeutung und Obſervanz.

Das lateiniſche Wort *conſuetudo* hat wie das teutſche **Gewohnheit** mancherley Bedeutungen, und es iſt nothwendig, dieſe kürzlich anzuführen, um hernach den eigentlichen Begrif von Gewohnheit deſto richtiger beſtimmen zu können. *Conſuetudo* zeigt 1) in unſern Geſetzen einen ſehr genauen Umgang, oder geſellſchaftliche Verbindung verſchiedener Perſohnen mit einander an. In dieſer Bedeutung wird nicht nur die Ehe[35]), ſondern auch der Concubinat mit dieſem Worte bezeichnet. So z. B. ſagt Modeſtin[36]): Stuprum committit, qui liberam mulierem *conſuetudinis cauſa*, (d. i. zur Concubine) non matrimonii, continet. 2) Bedeutet *conſuetudo* auch dasjenige, was nach der Ordnung der Natur gewöhnlich zu seyn pflegt. In dieſem Verſtande nimmt Paulus[37]) dieſes Wort, wenn er bey Entſcheidung der Frage, ob durch Ernennung ſolcher poſtumorum, die der Teſtirer ſeines Alters oder einer

35) *§. 1. I. de patr. pot.* Vergleiche auch SUETONIUS *Neron. c. 35. init.* wo er von Nero erzählt, eum Octaviae (uxoris) *conſuetudinem* (eheliche Beywohnung) aſpernatum.

36) *L. 34. pr. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

37) *L. 9. pr. D. de lib. et poſtum.*

einer vorhandenen Leibesſchwäche halben vielleicht nicht mehr erwarten dürfte, ein erſteres Teſtament aufgehoben werde? ſeine bejahende Meinung mit dem Grunde unterſtützt: quod natura magis in homine generandi et *conſuetudo* ſpectanda eſt, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate: das iſt, weil man mehr auf die Regel, nach welcher ordentlicher Weiſe Menſchen die Erzeugungs Kraft haben, als auf die Ausnahme Rückſicht nehmen muß [38]). 3) Heißt *Conſuetudo* auch oft eine Befugniß, oder ein Recht, ſo jemand ſeit langer Zeit ausgeübt hat. So können nach poſitiven Geſetzen Rechte und Befugniſſe durch die langwierige Ausübung (longa conſuetudine) ſo gut als durch ein Geſetz eingeführet werden [39]). Bey Dienſtbarkeiten weißt das römiſche Recht nahmentlich der Gewohnheit ihren Wirkungskreis an, wie aus den unten [40]) angeführten Geſetzſtellen zu erſehen iſt, in welchen unter *longa conſuetudo* nichts anders als ein langer Gebrauch, oder eine ſeit langer Zeit fortgeſetzte Ausübung, welche die Stelle eines Rechtstitels vertreten kann, verſtanden wird; und in eben dieſem Sinn wird jener Ausdruck auch im kanoniſchen Rechte [41]) gebraucht, da wo von einer *conſuetudine praeſcripta* die Rede iſt. Dies ſind diejenigen Bedeutungen, die zwar nicht unmittelbar zur Sache

38) S. Weſtphals Theorie des röm. Rechts von Teſtamenten (Leipzig 1790.) §. 477. S. 355.

39) *L. ult. cod. de emancipat. liberor. L. un. C. de auro coron.*

40) *L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. arc. L. 13. §. 1. D. commun. praedior. L. 1. Cod. de Servitut.*

41) *cap. 5. 6. 8. u. 11. X. de conſuetut. c. 50. X. de elect. cap. 3. de conſuet. in 6to.*

Sache gehören, aber doch zu wiſſen nöthig ſind [42]. Wir kommen nun unſerm Zwecke näher, wenn wir weiter bemerken, daß 4) **Gewohnheit** für die öftere Wiederholung gleichförmiger Handlungen genommen werde; in dieſer Bedeutung nehmen unſere Geſetze das Wort *conſuetudo* ebenfalls, wenn ſie dieſelbe als den Entſtehungsgrund des iuris non ſcripti anſehen [43]. In eben dieſer Bedeutung ſchreiben ſogar unſere Geſetze [44]) den Thieren eine Gewohnheit (*conſuetudo*) zu, die nicht ohne rechtliche Wirkung iſt. Sie iſt unterweilen als ein künſtlicher Beweiß des Eigenthums eines Thiers gebraucht worden [45]). Ferner verſtehet man 5) unter **Gewohnheit**

42) Mehrere Bedeutungen, auch noch mehrere Beweisſtellen zu den von uns angeführten findet man beym BRISSONIUS de Verbor. ſignific. v. *conſuetudo*.

43) *L.* 32. *pr. L.* 35. *L.* 39. *D. de LL.* conſuetudine inductum, comprobatum, obtentum eſt.

44) *§.* 15. *I. de rer. divis. L.* 5. *§.* 5. *D. de acquir. rer. dom. L.* 8. *§.* 1. *D. fam. erciſc.* wo geſagt wird, daß Pfauen, Tauben und Bienen, ſo lange unſer Eigenthum bleiben, als ſie das Wiederkommen nicht vergeſſen, (quam diu conſuetudinem habeant ad nos revertendi).

45) Einen ſolchen Fall hat CRELL in Diſſert. de orig. et virt. iuris non ſcripti. Obſ. V. S. 18. *Equus furto ſubtractus erat, et a domino deinde deprehenſus. Hic vero, hunc equum ſuum eſſe, iureiurando affirmare detrectabat: ſed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci ſuam, et obſervari, quid contingat: Quod facile impetravit a iudice. Equus cum ad centum paſſus abeſſet a tugurio domini, dimiſſus ab auriga, confeſtim tugurium apertum curſu citato petiit. Intromiſſus ſtabula nota quaeſivit; quae cum ab aliis equis occupata eſſent, non quievit, donec viam ſibi faceret ad praeſepia, atque ad eundem locum, in quo olim conſiſtere ſolitus fuerat. Ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.*

heit auch diejenige Regel ſelbſt, welche aus der Gleichförmigkeit freyer Handlungen entſtanden iſt. So z. B. wollen die Geſetze [46]), daß bey vorkommender Undeutlichkeit lezter Willensverordnungen auf die Gewohnheit des Erblaſſers (conſuetudo patrisfamilias) d. i. auf die ihm eigene Art ſich auszudrucken, und in dergleichen Fall, wovon die Rede iſt, zu handeln, vor allen Dingen Rückſicht genommen werden ſolle. Auch ſchon im gemeinen Redegebrauch pflegt man es eine Gewohnheit zu nennen, wenn man freye Handlungen ſchon ſeit geraumer Zeit nach einer gewißen Regel thut, und die teutſchen Reichsgeſetze [47]) beſtättigen dieſe Bedeutung, wenn ſelbige zum öftern alte Gebräuche und gute Gewohnheiten beobachtet wiſſen wollen. Es iſt jedoch nicht jede Regel, welche aus einer Reihe gleichförmiger Handlungen entſtanden, gleich für verbindlich zu halten, ſondern es iſt ein Unterſchied zu machen, ob dieſe Regel nur von einem, oder mehrern einzelnen Perſohnen, oder ob ſie von allen iſt beobachtet worden. Im erſtern Falle verbindet dieſelbe weder diejenigen, die ſie freywillig beobachten, cum nemo eam ſibi poſſit legem dicere, a qua ei recedere non liceat [48]); noch auch andere, nam inter alios geſta, quorum ex voluntate valent,

 aliis

46) *L.* 21. *§.* 1. *D. Qui teſtam. fac. poſſ. L.* 50. *§. ult. D. de legat.* 1. *L.* 14. *D. de ann. legat. L.* 23. *§.* 1. *D. de pecul. legato.*

47) Cammergerichtsordn. von 1495. Tit. I. §. 4. Reichsabſchied von 1570. §. 76. u. R. R. A. §. 105. K. Carls V. Vorrede zur P. Gerichtsordn. und deren Art. 116. *Inſtr. Pac. Osnabr.* art. VIII. §. 4. Kaiſerl. Wahlcapitulation art. I. §. 9. u. a. m.

48) *L.* 22. *pr. D. de legat.* 3.

aliis non nocent, qui non conſenſiſſe probari poſſunt [49]); es wäre denn, daß die Geſetze ſelbſt die beſondere Gewohnheit eines Hausvaters in gewiſſen Fällen zur Norm vorgeſchrieben hätten, wie z. B. bey Erklärung lezter Willensverordnungen. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Richter dasienige, was in einem gewiſſen Falle gemeiniglich und von den Meiſten zu geſchehen pflegt, in Zweifel zum Entſcheidungsgrunde annehmen könne, wenn nicht aus den Umſtänden zu erſehen iſt, daß den Partheyen in dem vorliegenden Falle ein anders gefallen habe [50]). Im zweiten Falle aber, wenn alle Einwohner einer gewiſſen Region zeithero ſich nach einer gewiſſen Regel gerichtet, und ſolche in der Meinung, daß ſie ſo, und nicht anders, zu handeln verbunden, unabgeändert beobachtet haben, ſo wird eine ſolche Regel endlich durch die Länge der Zeit zur **verbindlichen** Gewohnheit [51]), und dieſe nimmt, ſo fern ſie vom Geſetzgeber,

49) *L.* 1. *C. inter alios acta etc. L.* 74. *D. de R. I.*

50) Man ſehe hier die ſchon mehrmahlen angeführte Diſſ. des CRELL *Obſ.* 3. S. 15. woraus ich nur folgende Stelle anführen will: *Quoties non* ANIMO, CONSTITUENDI REGULAM, *aliquid invaluit, quamvis a multis frequentatum ſit, vim conſuetudinis et legis non habebit. Eo pertinent, quae vel* NON DIU *ſatis, vel* NON AB OMNIBUS, *ſed a multis duntaxat, neque* PERPETUO SIMILITER, *obſervata ſunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permiſſum eſſe, an ſequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quae a* PLURIMIS *facta ſunt, prorſus negligimus in iudicando.* SOLENT *enim,* QUAE PLERUMQUE FIUNT, *quamvis non expreſſa ſint, in dubio* PRAESUMI; *niſi appareat,* DIVERSUM *placuiſſe. Ita* POMPONIUS *tradidit L.* 3. *D. de reb. cred.*

51) Sehr richtig ſagte daher CICERO *de Invent.* lib. II. cap. 22. ſchon zu ſeinen Zeiten, CONSUETUDINIS *ius* eſſe putatur id, quod *voluntate omnium* ſine lege vetuſtas comprobavit.

geber, es ſey ſtillſchweigend oder ausdrücklich, gebilliget worden, das Gepräge eines Geſetzes an. Daraus entſtehet nun die Idee einer Gewohnheit im ſtrengſten Verſtande, und für Geſetz genommen. **Gewohnheit**, in ſo fern man darunter ein nicht geſchriebenes Geſetz verſtehet, iſt alſo endlich 6) eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entſtanden, und durch die Genehmigung des Landesherrn Geſetzes Kraft erhalten hat. Von dieſer wird nun vorzüglich zu handeln ſeyn. So gewöhnlich es nun zu ſeyn pflegt, die Wörter Gewohnheit und Obſervanz in algemeiner Bedeutung für Eins zu nehmen, inſofern man darunter überhaupt eine Regel verſtehet, welche nicht ausdrücklich vorgeſchrieben, ſondern durch Handlungen eingeführt worden iſt; ſo gewiß iſt es doch, daß im eigentlichen Verſtande zwiſchen beyden ein ſehr wichtiger Unterſchied vorhanden ſey. Denn **Obſervanz** in der eigentlichen und engern Bedeutung iſt eine Regel, die in einem Collegio, oder univerſitate perſonarum durch die ſtillſchweigende Einwilligung des Collegiums, oder zum wenigſten derienigen Mitglieder, welche dabey intereſſirt ſind, ihr Daſeyn und verbindliche Kraft erhalten hat [52]). Der Unterſchied zwiſchen Gewohnheit und Obſervanz, inſofern beydes in ſeiner eigentlichen und engern Bedeutung genommen wird, beſtehet nun im Folgenden. 1) Die Gewohnheit wird durch Handlungen der Unterthanen; die Obſervanz durch Handlungen in einem Collegio eingeführt. Sie können übrigens

52) S. Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. I. Th. N. VI. §. 2. u. 3. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 235. Fiſcher Litteratur des germaniſchen Rechts §. 175. Meurers juriſt. Abhandl. 1. Samml. N. VI.

gens von Mitgliedern des Collegiums ſowohl, als auch von Fremden vorgenommen werden, indem auch dieſe dadurch ein Recht in einer Geſellſchaft, deren Genoßen ſie nicht ſind, erlangen können [53]). II) Die Gewohnheit erhält ihre verbindliche Kraft durch die Genehmigung des Landesherrn; die Obſervanz aber durch die ſtillſchweigende Einwilligung des Kollegiums, oder derjenigen Mitglieder deſſelben, welche bey der Sache intereſſirt ſind. III) Die Gewohnheit hat demnach die Kraft eines eigentlichen Geſetzes; die Obſervanz aber die Kraft eines ſtillſchweigenden Vertrags (vim taciti pacti) [54]). IV) Zur Einführung einer Gewohnheit werden mehrere, und eine lange Zeit hindurch fortgeſezte Handlungen erfordert, zur Obſervanz aber nicht, weil zu einem durch Vertrag erworbenen Rechte weder mehrere Handlungen, noch der Ablauf einer gewiſſen Zeit vonnöthen iſt [55]).

§. 85.

53) So z. B. kann das Recht bey der Wahl eines Prälaten zu concurriren, und ein Stimmrecht auszuüben, durch Obſervanz von Fremden erworben werden, die ſonſt keine Mitglieder des Capitels der verwaißten Kirche ſind, und alſo ordentlicherweiſe in demſelben keinen Sitz und Stimme haben. *cap.* 8. *X. de conſuet. c.* 50. *X. de elect.* Auch das Recht, für eine erledigte Pfründe einen Geiſtlichen zu ernennen, kann man durch Obſervanz acquiriren. *c.* 24. *X. eodem.* S. BOEHMER a. a. O. §. 236. not. d. Eibel kathol. Kirchenrecht IV. Th. 1. Band 6. Hauptſt. §. 311. *Maur.* SCHENCKEL in Iuris Eccleſ. ſtatui Germ. maxime et Bavariae accommod. Syntagm. (*Salisb.* 1786. 8.) §. 467.

54) *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſ. P. II. Deciſ. LI. n. 17. S. 104.

55) Bey der Lehre von der kirchlichen Obſervanz hat der berühmte Herr Geh. JuſtizR. Böhmer in ſeinem vortreflichen

§. 85.

Wodurch erhält eine geſetzliche Gewohnheit ihr Daſeyn und Gültigkeit?

Es kömmt nun in der weitern Entwickelung der Lehre vom Gewohnheitsrechte hauptſächlich auf zwey Fragen an. I) Wie entſtehet eine geſetzliche Gewohnheit? und II) Wodurch erhält ſie ihre verbindliche Kraft? In Anſehung der erſtern Frage bemerken wir hier nur im Allgemeinen, daß zur Einführung einer Gewohnheit habile Handlungen der Unterthanen erfordert werden. Wie aber dieſe Handlungen geeigenſchaftet ſeyn müſſen, wird uns der folgende Paragraph erſt lehren. Soviel hiernächſt die zweyte Frage anbetrift, ſo iſt nun zwar ſoviel auſſer allen Zweifel, daß eine geſetzliche Gewohnheit ihre verbindliche Kraft durch den Willen des Geſetzgebers bekomme, ohne welchen ſich überhaupt kein poſitives Geſetz gedenken läſſet; allein eine andere Frage iſt, woraus dieſer Wille des Geſetzgebers zu erkennen ſey? Nach der gewöhnlichen Theorie, die auch in dem Syſtem unſers Autors herrſcht, behauptet man, daß die geſetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich auf den ſtillſchweigenden Conſens des Geſetzgebers beruhe, dieſer aber aus der nicht wiederſprochenen öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen der Unterthanen gefolgert werden müſſe. Allein prüft man dieſe Theorie genauer, vergleicht man ſie mit dem, was die Erfahrung und die Geſetze ſelbſt

 uns

treflichen Lehrbuche des Canoniſchen Rechts §. 236. richtig bemerkt, daß auch *unicum factum haud contradictum, opinione iuris, ſciente et non contradicente eccleſia, ſuſceptum* zur Begründung einer ſolchen Obſervanz genüge; und man kann dies allerdings als einen algemeinen Satz in der Lehre von der Obſervanz gelten laſſen. S. D. Meurers juriſtiſche Abhandlungen u. Beobacht. 1. Samml. N. VI. §. 5. u. folgg.

uns hiervon lehren, ſo wird man gar bald einſehen, daß ſie äuſſerſt mangelhaft ſey. Wie! wenn der Geſetzgeber durch ausdrückliche Verordnungen feſtgeſetzet hätte, daß in gewiſſen Fällen vernünftige Gebräuche und gute Gewohnheiten den Geſetzen gleich beobachtet werden ſollten! Und haben wir nicht ſowohl im römiſchen Geſetzbuche, als in den teutſchen Reichs- und Landesgeſetzen Beiſpiele genug, die dieſes beſtättigen? Wer hieran zweifelt, leſe nur die Verordnungen des röm. Kaiſers Alexander [56]), die Cammergerichtsordnung [57]), die P. Gerichtsordnung Carls V. [58]), den neueſten Reichsabſchied von 1654 [59]), das *Inſtrumentum Pacis Osnabrugenſis* [60]) u. a. m. Ja es kann der Geſetzgeber nicht nur mittelſt ſeiner allgemeinen durch ein Geſetz ausdrücklich erklärten Einwilligung die in ſeinem Lande übliche redliche ehrbare Gewohnheiten überhaupt beſtättigen, ſondern auch in einer Verordnung einer gewiſſen einzelnen Gewohnheit insbeſondere die Kraft eines Geſetzes ertheilen [61]). Unſtreitig folgt hieraus, daß die allgemeine Grundlegung einer ſtillſchweigenden Genehmigung des Geſetz-

56) *L.* I. *C. quae ſit longa conſuet. L.* 3. *C. de aedific. privat.* — Praeſes provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controverſiarum genere ſervata ſunt, cauſa cognita ſtatuet. Nam et *conſuetudo* praecedens, et ratio, quae *conſuetudinem* ſuaſit, cuſtodienda eſt.

57) ſowohl vom Jahr 1495. §. 3. als von 1555. Tit. XIII. §. 1.

58) Art. 104. 116. u. a. m.

59) §. 105.

60) Art. VIII. §. 4.

61) S. *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 232. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts I. Th. S. 393. am Ende und folg. Eibel Einleitung in das kathol. Kirchenrecht IV. Th. I. Band 3. Hauptſt. §. 268.

Geſetzgebers bey dem Gewohnheitsrechte nichts weniger als gegründet ſey, wie ſolches auch ſchon andere mit mehrern gezeigt haben [62]). Es kann vielmehr die Einwilligung des Geſetzgebers, wodurch den Gewohnheiten gleichſam das Siegel des geſetzlichen Anſehens aufgedruckt wird, eben ſowohl eine ausdrücklich erklärte als eine ſtillſchweigende ſeyn. Ob nun wohl in Anſehung des Effects kein Unterſchied iſt, ob der Geſetzgeber ſeine Genehmigung in eine entſtandene Gewohnheit ausdrücklich oder ſtillſchweigend zu erkennen giebt; ſo iſt doch der Unterſchied in Anſehung der Form dieſer beiderlei Art der Willenserklärung deſto wichtiger. Denn ſo gewiß es iſt, daß aus dem bloſen Stillſchweigen ſich nicht immer gleich eine Einwilligung ſchlieſſen läſſet, ſofern nicht entweder eine Verbindlichkeit vorhanden wäre, zu wiederſprechen, falls man mit dem, was geſchieht, nicht zufrieden iſt, oder das Stillſchweigen nach den Umſtänden der Sache gar keine andere vernünftige Erklärung litte, als dieſe, daß es aus einer Einwilligung komme [63]); ſo unläugbar iſt es auch, daß daraus allein, daß der Geſetzgeber zu den Handlungen ſeiner Unterthanen, die ſie bisher nach einer gewiſſen unter ſich beobachteten Regel alle auf einerley Art unternommen, ſtillſchweigt, noch keines-

 neswe-

62) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect Vol. I. P. I. Spec XI. med. 2. WOLTAER Obſervat iuris civ. Faſcic. I. Obſ. 7. §. 1. und deſſelben Anmerkungen über *Möller Diſtinct. iuris feud.* S. 33. CRELL Obſervat. de origine et virtute iuris non ſcripti. Obſ. 2. am Ende S. 11. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heut. Gebrauch des röm. Rechts §. 24. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſiaſt. P. II. §. 110. S. 59. beſonders *von dem* BUSCH Diſſ. Cap. III. §. XXVI — XXXII.

63) S. Reinhardts Sammlung iuriſt. philoſoph. u. krit. Aufſätze. I. Bandes 5. Stück. S. 308.

nesweges der Wille deſſelben, dieſer Gewohnheit die Kraft eines Geſetzes zu ertheilen, gefolgert werden könne; ſondern es wird vielmehr dazu erfordert, daß die Handlungen und das Bezeigen des Regenten ſo beſchaffen ſeyen, daß daraus mit Gewißheit auf ſeine Einwilligung geſchloſſen werden könne. Dieſes aber kann nur alsdann mit Grunde geſchehen, wenn erwieſen iſt, daß der Geſetzgeber eine gewiſſe Notiz von derienigen Gewohnheit gehabt, von deren verbindenden Kraft die Rede iſt, und dennoch denen nach derſelben bisher und ſchon ſeit langer Zeit unternommenen Handlungen ſeiner Unterthanen niemahlen wiederſprochen, ſondern vielmehr dieſelben ein- oder wohl mehrmahlen ſelbſt beſtättiget habe. Denn da ein Regent in ſeinem Staat nichts geſchehen laſſen darf, was dem gemeinen Beſten nachtheilig iſt, mithin denen Unterthanen ihr bisheriges Verfahren nothwendig hätte unterſagen müſſen, wenn er nicht gewollt, daß daraus eine Gewohnheit entſtehen ſollte, ſo kann man allerdings in einem ſolchen Falle, wenn kein Widerſpruch erfolgt, auf die Zufriedenheit, und den ſtillſchweigenden Willen des Geſetzgebers ſchließen. Wenn im Gegentheil die Genehmigung vom Geſetzgeber auf die Art geſchehen, daß derſelbe durch eine ausdrückliche Verordnung über die in ſeinem Lande übliche Gewohnheiten zu halten befohlen hätte, ſo iſt in einem ſolchen Falle nicht nöthig, daß der Geſetzgeber iede einzelne Gewohnheit, und die Handlungen, wodurch dieſelbe eingeführt worden, müſſe gewußt haben [64]); nein, es iſt genug, daß einmahl die generelle Beſtättigung geſchehen; es wäre denn, daß von ſolchen Gewohnheiten die Rede ſey, welche geſchriebenen Geſetzen gerade entgegen gehen; Gewohnheiten dieſer Art müſſen durchaus in ſpecie vom Landesherrn gebilliget ſeyn;

64) *cap. 1. de conſtitut. in 6to.*

ſeyn; und es wird der deutlichſte Beweiß erfordert, daß ſie zu ſeiner Wiſſenſchaft gekommen. Sonſt bleibt es bey der Regel: hundert Jahre Unrecht iſt keine Stunde recht. Denn ohnmöglich können jene Geſetze, welche die Gewohnheiten im allgemeinen beſtättigen, ſo ausgelegt werden, als ob der Regent ſeinen Unterthanen die Befugniß ertheilet hätte, ſeinen einmahl gegebenen Geſetzen, durch Einführung anderer Gebräuche, ihre Kraft zu entziehen [65]).

Da übrigens die geſetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich von der Einwilligung des Geſetzgebers abhängt, ſo verſteht ſich's, daß die Gültigkeit derſelben nie weiter ausgedehnet werden dürfe, als der Conſens des Geſetzgebers ſich erſtreckt. Hätte alſo der Landesherr ausdrücklich erklärt, daß nur die alten guten Gewohnheiten allein, oder nur diejenigen Gewohnheiten, welche er in ſein Geſetzbuch aufgenommen hätte, eine geſetzliche Kraft haben ſollten, ſo ſind nur dieſe allein für gültig zu halten, und kann

65) Es ſey mir erlaubt, hier eine vortrefliche Stelle aus des berühmten RICCII Spicilegio iuris Germanici S. 2. u. folg. einzurücken: *Quum omnem legis condendae et publicandae poteſtatem populus in principem transtulerit, et naturali ratione eius ſit ſolvere, qui poteſt velle, fruſtra utique in principem legislatoria poteſtas foret collata, ſi civibus liceret, leges quas vellent, contrario uſu vel pluribus actibus publice ſuſceptis, legi contrariis antiquare. Graviter proinde et recte iam olim in diplomate ſuo de a.* 1360. *pronunciavit Rudolphus IV. Archidux Auſtriae:* ſo ſoll noch mag dieſelbe Gewohnheit, wie alt ſie wär, die alſo wieder das gemeine Recht, und wieder die Wahrheit iſt, kein ſunder Recht machen noch bringen. *Rei enim veritate inſpecta non plures actus publice ſuſcepti, ſed mutata principis voluntas factis declarata tollit legem antea latam.*

kann in ſolchen Fällen der Conſens des Landesherrn weder auf künftige neue Gewohnheitsrechte, noch auf diejenigen alten Gewohnheiten gezogen werden, die in dem Geſetzbuche nicht begriffen ſind, ſondern es ſind vielmehr ſolche als aufgehoben anzuſehen [66]).

§. 86.

Erforderniſſe einer gültigen Gewohnheit.

Wir ſchreiten nun zur ausführlichern Erörterung der im vorigen Paragraph aufgeworfenen erſtern Frage, und wollen iezt zeigen, wie diejenigen Handlungen beſchaffen ſeyn müſſen, durch welche eine legale Gewohnheit eingeführt werden ſoll? Die geſetzlich beſtimmten Eigenſchaften ſolcher Handlungen ſind folgende:

I) Es werden mehrere Handlungen erfordert. Nicht nur die Natur einer jeden Gewohnheit an ſich, als welche nur aus wiederholten Handlungen entſtehen kann, bringt dieſes nothwendig mit ſich, ſondern die Geſetze [67]) ſelbſt haben es auch deutlich beſtimmt. Eine einzige Handlung iſt alſo nicht hinreichend. Denn wie könnte man

66) Ein Beiſpiel davon giebt der Entwurf eines allgemeinen Geſetzbuchs für die Preußl. Staaten I. Th. Einleit. §. 3. — Sogenannte Gewohnheitsrechte, welche in dieſe Bücher nicht aufgenommen ſind, ſollen eben ſo wenig, als bloſe Meinungen der Rechtslehrer, irgend eine geſetzliche Kraft haben.

67) L. 1. C. *quae ſit long. conſuet.* L. 3. C. *de aedific. privat.* Auch die Geſetze der Pandecten, welche von einer *conſuetudine inveterata*, L. 32. §. 1. *diuturna* L. 33. *longa conſuetudine, et per annos plurimos obſervata* L. 35. h. t. reden, geben dieſes nicht undeutlich zu verſtehen.

man daraus eine gewiſſe und beſtändige Regel für die Zukunft folgern? Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [68]), welche dieſem ohngeachtet ſich überredet haben, daß auch durch einen einzigen Act eine Gewohnheit begründet werden könne. Allein dieſe Meinung bedarf keiner Widerlegung, wenn ſie auch von andern [69]) nicht ſchon ſo gründlich wäre wiederleget worden. Wie viele Handlungen nun aber zur Einführung einer geſetzlichen Gewohnheit erforderlich ſind? Darüber treffen wir nirgends in unſern Geſetzbüchern eine entſcheidende Beſtimmung an. Was Wunder iſt es demnach, wenn die Rechtsgelehrten desfalls in ihren Meinungen nicht mit einander übereinſtimmen? Einige [70]) wollen zwey Handlungen ſchon für hinlänglich halten. Allein dieſe ſind von Voet [71]), Noodt [72]), und am neueſten von den Verfaſſern der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien [73]) ſehr

68) Z. B. *de* COCCEII Iur. Controv. h. t. Qu. 10. TITIUS iur. privato lib. I. c. 7. §. 9. *Bened.* OBERHAUSER Praelect. canon. iuxta titulos Decretalium lib. I. tit. IV. de conſuetudine §. 9. Eibel kathol. Kirchenrecht. IV. Th. I. Band S. 122. u. a. m.

69) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XI. med. 7. S. 211. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts I. Th. S. 373. Not. z.

70) Dieſer Meinung ſind CARPZOV P. II. Conſt. 3. definit. 22. n. ult. SCHILTER Exerc. 2. th. 17. GAIL lib. II. Obſ. 31. n. 7. Eichmann a. a. O. S. 374. u. a. m.

71) Commentar. ad Digeſta Tom. I. h. t. §. 29.

72) Comment. ad Dig. h. t. S. 15.

73) Dritter Band (Hildesheim 1789. 8.) Meditat. 182. S. 312. u. folgg.

ſehr gründlich wiederleget worden. Nur haben letztere ein Hauptargument überſehen, worauf ſich die Vertheidiger jener Meinung ganz vorzüglich ſtützen. Dieſes iſt der Ausſpruch Ulpians [74]): *pluralis elocutio duorum numero contenta eſt.* Ob jedoch dieſes Argument mehr, als die übrigen, beweiſe, daran zweifele ich noch ſehr. Das Geſetz redet eigentlich vom Beweiſe durch Zeugen, und will, daß in jedem Falle, wo mehrere Zeugen erfordert werden, die Zahl derſelben aber doch nirgends ausdrücklich beſtimmt worden iſt, ſchon zwey genügen ſollen, weil dieſe, vorausgeſetzt, daß ſie untadelhaft ſind, in der Regel einen vollſtändigen Beweis machen. Hier iſt alſo von keiner legalen Gewohnheit die Rede, und der Unterſchied zwiſchen Beweis und Gewohnheit iſt, wie mich dünkt, zu auffallend, als daß von der Anzahl der zu einem vollſtändigen Beweis erforderlichen Zeugen, auf die Zahl der Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführt werden ſoll, der Schluß gelten könnte [75]). Die meiſten behaupten daher, daß zwey Handlungen für zureichend nicht zu halten [76]). Sie glauben, daß uns die Geſetze

74) *L.* 12. *D. de teſtibus.*

75) Von dem gewöhnlichen Mißbrauch der *L.* 12. *D. de teſt.* und den daher entſtandenen Irrthümern haben bey andern Gelegenheiten ſchon ein Wort zu ſeiner Zeit geredet. *God. Lud.* MENCKEN in Commentat. ad L. XVIII. C. de teſtib. *Lipſiae* 1748. S. 14. und *I. D.* WIBEKIND in Diſſ. de incommodis per interpretationes uſuales et obſervantias in iurisprud. invectis. §. 22. Siehe auch meine Opuſcula *Faſc.* I. S. 16.

76) Auſſer den angeführten NOODT, VOET u. ſ. w. glauben dieſes GUNDLING in Gundlingianis St. VII. Obſ. 3. §. 17. KEMMERICH de probatione conſuetudinis. Sect. II. §. 4. lit. c. VINNIUS Comment. ad §. 9. I. de I. N. G. et C. Struben rechtl. Bedenken I. Th. Bed. 130. S. 309. u. a. m.

Geſetze [77]) ſelbſt dies lehrten, wenn dieſe zur Begründung einer Gewohnheit erfordern, daß etwas *frequenter* d. i. häufig geſchehen ſey, ſo ſich aber von dem, was zweymahl geſchehen, noch nicht ſagen ließe.

Diejenigen, welche in Ermangelung beſonderer landesherrlicher Verordnungen die Sache dem Ermeſſen des Richters überlaſſen wiſſen wollen, hegen ohnſtreitig die richtigſte Meinung [78]). Es kommt alles darauf an, ob ſo viele Handlungen würklich vorgekommen ſind, daß aus denſelben nicht nur überhaupt eine gewiſſe und beſtändige Regel hergeleitet, ſondern auch mit Gewißheit auf die Einwilligung des Landesherrn geſchloſſen werden kann. Dieſer Beweis aber liegt jederzeit demjenigen ob, der ſich in einer ſtreitigen Gewohnheit gründet. Kann dieſer Beweis geführt werden, ſo kommt es auf die Vielheit der Acte gar nicht an. Die Gewohnheiten ſind überhaupt nicht alle von einerley Art. Die eine Gewohnheit erfordert weniger, die andere mehrere Handlungen. Manche Handlungen ſind ihrer Natur nach ſo beſchaffen, daß ſie nur ſelten vorkommen können. Solche Handlungen erregen ihrer Neuheit wegen Aufmerkſamkeit, und wenige derſelben können daher oft eben dieſelbe Wirkung haben, welche in andern Fällen nur aus der öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen entſtehen kann.

II) Müſ-

77) *L.* 1. *C. quae ſit long. conſuet. L.* 3. *C. de aedific. priv.*

78) So urtheilen CUIACIUS Lib. XX. obſ. 1. ZASIUS ad L. 32. D de LL. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 17. *Commentat. academicar. Halae editar.* Vol. IV. S. 33. *von dem* BUSCH de conſuetudine §. VII. und XXXVII. Herr OberappellationsR. Höpfner in Commentar über die Inſtitutionen §. 58. S. 59 u. a. m.

II) Müſſen die Handlungen der Unterthanen **gleichförmig**, das heißt, alle nach einerley Regel unternommen worden ſeyn. Aus ungleichen Handlungen kann keine Gewohnheit erwachſen. Denn aus ſolchen läßt ſich keine gewiſſe und beſtändige Regel herleiten. Man ſetze alſo, der Richter eines Orts habe in einem Fall, da ein Delinquent ſelbſt nichts im Vermögen gehabt, die peinlichen Koſten von den Unterthanen beytreiben laſſen; ſie hätten ſolche auch das erſte und zweytemahl getragen, das drittemahl aber ganz verweigert; das viertemahl nur das Henkergeld beygebracht, ſo kann derſelbe, wenn er in einem fünften Falle die Inquiſitionskoſten abermahl verlangt, die Gerichtsunterthanen aber dieſelben verweigern, ſich auf keine Gewohnheit berufen. Denn dazu wird erfordert, daß in der ganzen Reihe von Handlungen, wodurch eine Gewohnheit begründet werden ſolle, auch nicht eine einzige vorkomme, welche denen übrigen entgegen iſt. Dieſes iſt es, wenn die Rechtslehrer ſagen, die actus conſuetudinis introductivi müſſen *uniformes* et *continui* ſeyn. Hieraus erhellet zugleich, daß eine Gewohnheit, die noch in ihrer Entſtehung iſt, durch eine einzige contraire Handlung gleichſam in ihrer Geburt erſticket werden kann [79]).

III) Dürfen die Handlungen nicht der **geſunden Vernunft**, noch dem **Wohl des Staats** oder dem **Beſten der Kirche** zuwider ſeyn. Sonſt iſt die Gewohnheit **unvernünftig**. Eine ſolche aber kann nie eine geſetzliche Kraft erlangen, weil ſich hier keine Einwilligung des Geſetzgebers annehmen läſſet [80]).

So

79) S. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Obſervat. ad Chriſtinaei deciſiones Vol. IV. Obſ. 65.

80) *Nov.* IUSTINIANI *CXXXIV. cap.* I. wo es nach der Homberg'iſchen Verſion heißt: *Neque conſuetudines nominent, aut quae-*

So z. B. kann keine Gewohnheit Verbrechen zu erlaubten Handlungen machen, wenn ſie auch noch ſo lange ungeſtraft geblieben wären [81]). Denn auch hundert Jahr Unrecht, iſt keine Stunde recht. Solche unvernünftige Gewohnheiten verwerfen die Geſetze ausdrücklich, und der 218te Artikel der P. Gerichtsordnung Carls V. enthält ein ganzes Regiſter von denſelben. Es giebt jedoch auſſer dieſen noch genug andere unvernünftige Gewohnheiten, dahin gehört z. B. wenn die Scharfrichter ſich die Güter der Selbſtmörder, die ſie bey und um ihnen finden, anzumaßen pflegen [82]). Ferner, wenn man diejenigen, durch welche eine Feuersbrunſt veranlaßt worden, ehemahls in der Wuth und erſten Hitze den Flammen aufopferte [83]), u. d. m. Auch die canoniſchen Rechte [84]) eifern namentlich gegen unvernünftige Gewohnheiten, die beſonders dem Wohl der Kirche entgegenſtreiten, ſo nachdrücklich, daß man ſich billig wundern muß, wie es dennoch habe Rechtsgelehrten [85]) geben können, die

quaerant, quas forte aliqui anteceſſorum ad lucrum ſuum iniuſte excogitarunt. Quae enim male excogitata ſunt, ea NEC LONGA CONSUETUDINE *confirmari volumus.* Peinl. Gerichtsordnung Carls V. *Art.* 218. von Mißbräuchen und böſen unvernünftigen Gewohnheiten, ſo an etlichen Orten und Enden gehalten werden.

81) PUFENDORF Tom. I. Obſ. 189. S. 483.

82) *de* BOEHMER Meditat. in Conſt. crim. Carol. art. 135. §. VI. n. V. S. 638.

83) Quiſtorp Grundſätze des T. Peinl. Rechts. I. Th. 5. Abſchn. 10. Kap. §. 203.

84) S. *cap.* 1. 3. 4. 5. 7. 9. 10. X. *de conſuet.*

85) SENCKENBERG in Diſſ. de iure obſervantiae ac conſuetudinis §. 7.

die auch unvernünftige Gewohnheiten in Schutz genommen. Doch ihre Gründe ſind ſchon von andern genug geprüfet, und in ihrer Blöſe dargeſtellet worden [86]. Wir bemerken hier nur noch, daß, wenn gleich unvernünftige Gewohnheiten keine geſetzliche Kraft noch Verbindlichkeit haben, vielmehr jeder Obrigkeit obliegt, dafür zu ſorgen, daß ſie, um mich der Worte K. Carls V. zu bedienen, hinfürter nit geübt, gebraucht oder gehalten werden; denenſelben dennoch darum nicht alle rechtliche Wirkung abzuſprechen ſey, indem ſie z. B. auf die Strafbarkeit einer Handlung wichtigen Einfluß haben können [87].

IV) Die Handlungen müſſen ferner in der Meinung moraliſcher Nothwendigkeit (ex opinione obligationis) unternommen worden ſeyn [88]; das heißt,

86) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 5. und 6. S. 207. Adde STRUV Diſſ. de conſuetudinibus rationabilibus et irrationabilibus und *Io.* EICHEL de pravis et irrationabilibus conſuetudinibus.

87) CRELL Diſſ. de orig. et virt. iuris non ſcripti Obſ. III. S. 14. — TEMPERATUR *poena facti illiciti, quod quis non dolo, ſed imitatione aliorum, et* CONSUETUDINE *adductus, admiſiſſe videtur. Imo vero aliquando qui* CONSUETUDINE PECCANDI *a pluribus* RECEPTA, *malo increbreſcente, licentioſius deliquerit, cum non ignorantia, ſed maiori audacia peccaſſe videatur,* SEVERIUS PUNITUR; *ut reliqui exemplo ſupplicii deterreantur. Nam generaliter,* POENA ARBITRARIA *tunc demum, propter* CONSUETUDINIS EXCUSATIONEM, *mitigatur, ſi appareat, non tam* DOLO, *quam* IGNORANTIA *peccatum eſſe.* Hiermit ſtimmen auch die Geſetze überein. *L.* 16. *§.* 10. *D. de poenis. L.* 1. *D. de abigeis. Nov.* 154. KOCH Inſtitut. iur. crim. Lib. I. c. 9. §. 154. lit. g.

88) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 8. REINHARTH Select. Obſervat. ad Chriſtinaeum Vol. IV. Obſ.

heißt, es müſſen diejenigen, durch deren gleichförmige Handlungsart eine rechtliche Gewohnheit bewirkt werden ſoll, darum ſo, wie bisher geſchehen, gehandelt haben, weil ſie ſich verbunden hielten, ihren Handlungen gerade dieſe und keine andere Richtung zu geben. Denn hier iſt von Einführung einer ſolchen Gewohnheit die Rede, durch welche eine verbindliche Richtſchnur für die Unterthanen aufgeſtellet wird. Da nun dieſe Regel aus den Handlungen derſelben gefolgert werden muß, ſo müſſen nothwendig auch dieſe an ſich verbindlich ſeyn. Mich dünkt, nicht nur Ulpian[89]) gebe dieſes ſelbſt dadurch zu erkennen, wenn er bey der Beweisführung einer streitigen Gewohnheit vor allen Dingen nachzuforſchen rathet, ob etwa ſchon vorhin einmahl über die nämliche Gewohnheit in den Gerichten ſey geſtritten, und ſolche gegneriſchen Widerſpruchs ohngeachtet durch das rechtskräftig gewordene Urtheil des Richters beſtättiget worden; ſondern es ſcheint dieſes auch die Meinung des K. Alexanders[90]) zu ſeyn, wenn er hinführo dasjenige als eine geſetzliche Norm beobachtet wiſſen will, was man bisher in eo controverſiarum genere, nämlich von welchem daſelbſt die Rede iſt, zum Grundſatz angenommen; denn nur über vollkommene Rechte und Verbindlichkeiten entſtehen Proceſſe. Hieraus folgt, daß durch Handlungen, die das Gepräge der bloſen Willkührlichkeit an ſich tragen, oder nur aus Freundſchaft,

 oder

Obſ. 65. n. IV. S. 96. Beiſpiele hiervon haben BOEHMER Conſultat. et Deciſ. T. I. Part. II. Reſp. 45. n. 417. folgg. und T. II. Reſp. 869. n. 12. ſqq. auch *de* LUDOLF Obſervat. forens. P. II. Obſ. 169. S. 382.

89) *L. 34. D. de LL.*

90) *L. 3. Cod. de aedific. privat.*

oder Mitleid und Menſchengefühl, wenn gleich von meh-rern, und zu wiederholtenmahlen geſchehen, keine verbindliche Gewohnheit begründet werden könne. Man ſetze alſo, es ſey an einem Orte einigemahl geſchehen, daß der Guthsbeſitzer das in ſeinem Eigenthum gefundene und von den Eltern ausgeſetzte Kind aus Mitleid aufgenommen, ſolches ernährt und erzogen hätte, ſo läſſet ſich hieraus eben ſo wenig eine verbindliche Regel, daß jeder Eigenthümer die in ſeinen Grundſtücken ausgeſetzte Findelkinder zu verpflegen ſchuldig ſey, herleiten, als in einem andern Falle, wenn nämlich an einem Orte, wo das Nachbarrecht geſetzlich nicht eingeführt iſt, zuweilen der Käufer das erkaufte Grundſtück dem Nachbar des Verkäufers aus Freundſchaft für daſſelbe Geld, was es ihm gekoſtet, wieder überlaſſen hätte, behauptet werden könnte, daß dem Nachbar der Retract vermöge eines Gewohnheitsrechts an dieſem Orte zuſtehe. Ob jedoch Handlungen blos aus gutem Willen, oder in der Meinung einer Verbindlichkeit geſchehen, iſt theils aus der Beſchaffenheit der Handlungen ſelbſt, theils aus dem Grunde, warum eine Gewohnheit eingeführt worden, (*ratio, quae conſuetudinem ſuaſit*, ſagt K. Alexander[91]) theils aus der Länge der Zeit, theils aus dem nie erfolgten, oder nicht geachteten Widerſpruche, theils aus den darauf gegründeten rechtskräftigen Erkenntniſſen zu beurtheilen, auf welches letztere uns Ulpian oben angeführtermaſſen ganz vorzüglich verweiſet. Noch eins muß ich hierbey anmerken. Wenn ich moraliſch nothwendige Handlungen zur Einführung einer verbindlichen Gewohnheit erfordere, ſo folgt, daß alle unfreywillige, durch unerlaubten Zwang veranlaßte, oder auf

91) *L. 1. Cod. quae ſit longa conſuetudo.*

auf offenbaren Irrthum ſich gründende, Handlungen hier auszuſchlieſſen ſind [92]).

V) Muß nun noch zur Beſtättigung eines Gewohnheitsrechts die Länge der Zeit (diuturnitas temporis) hinzukommen. Die Ausdrücke *conſuetudo inveterata* [93]), *diuturna* [94]), *per annos plurimos obſervata* [95]), *longaevus uſus* [96]), *conſuetudo antiquitus probata et tenaciter ſervata* [97]), welche wir in den römiſchen Geſetzen antreffen, geben ſolches deutlich zu erkennen. Die Zeit ſelbſt aber, wie lange die Regel müſſe beobachtet worden ſeyn, die zum lex non ſcripta werden ſoll, haben uns die römiſchen Geſetze nirgends genau beſtimmt. Man pflegt daher gemeiniglich zum canoniſchen Rechte ſeine Zuflucht zu nehmen, in der Meinung, daſelbſt deutlichere Beſtimmungen anzutreffen. Die Päbſte reden nämlich in einigen Stellen ihres Geſetzbuchs von einer *conſuetudine legitime praeſcripta* [98]). Hieraus ziehet man die Folge, daß nach canoniſchen Rechten eben ſo viel Zeit zur Einfüh-

92) *Actus per vim metumque geſti nihil operantur*, ſagt I. H. BOEHMER in Introd. in ius Digeſtor. h. t. §. 20. n. 4. Von einer erronea conſuetudine aber handelt *L. 39. D. h. t.*

93) *L. 32. §. 1. D. h. t.*

94) *L. 33. D. eodem.*

95) *L. 35. D. eodem.*

96) *L. 2. C. quae ſit longa conſuetudo.*

97) *L. 3. C. eodem.*

98) Man beruft ſich zwar vorzüglich auf *cap. 11. X. de conſuetudine*; allein es giebt mehrere Texte des canoniſchen Rechts, in welchen einer *conſuetudinis praeſcriptae* Meldung geſchiehet, als *cap. 50. X. de elect. c. 9. de offic. ordinar. in 6to. c. 3. de conſuet. in 6.*

rung einer rechtlichen Gewohnheit erfordert werde, als zur Verjährung nöthig iſt. Dies iſt auch die Meinung unſers Herrn Autors. Allein denkt man der Sache etwas genauer nach, ſo wird man bald einſehen, daß die Analogie von der Verjährungszeit hier ganz unanwendbar ſey. Was hat doch die Verjährung, die eines Theils als Strafe der Nachläßigkeit eingeführt worden, und andern Theils nur auf Sachen und Rechte einzelner Privatperſonen ſich beziehet, mit einer geſetzlichen Gewohnheit gemein, die als eine verbindliche Regel für viele aufgeſtellet wird? Doch vielleicht wird man ſagen, es komme hier nicht auf den Begriff, ſondern nur auf die Zeit der Verjährung an. Gut; iſt denn aber damit der Schwierigkeit abgeholfen? Wer weiß nicht, wie ſehr verſchieden die geſetzlich beſtimmte Zeit der Präſcription ſey? Geſetzt nun alſo, die Päbſte hätten in den deshalb angeführten Stellen zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit den Ablauf einer geſetzlichen Verjährungsfriſt im Ernſt gemeinet, ſoll dieſes von einer zehen- oder zwanzig- oder dreyſig- oder vierzigjährigen oder einer noch längern Zeit zu verſtehen ſey? Kein Wunder, wenn wir daher auch hierin eine ſo große Verſchiedenheit der Meinungen gewahr werden [99]? Ich meines Theils bin vollkommen

99) Einige erfordern zur Begründung eines Gewohnheitsrechts eine Zeit von 10 oder 20 Jahren, weil dieſe den Raum einer **langen Zeit** beſchränken; dies behaupten DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. c. 10. BERGER Oeconom. iuris Lib. I. T. I. §. 19. n. 3. SCHILTER Ex. 2. §. 19. *von dem* BUSCH in der oben angef. Diſſ. cap. III. §. 38. Andere eine Zeit von 30 oder 40 Jahren, wie GIBERT Corp. iur. canon. S. 87. Hr. geh. Juſtizrath BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 5. §. 232. Noch andere, und zwar ältere

kommen überzeugt, daß im canoniſchen Rechte ſo wenig als im römiſchen eine gewiſſe Zeit zur Einführung einer geſetzlichen Gewohnheit beſtimmt ſey, und die Fabel von der Präſcription der Gewohnheitsrechte iſt ſchon von andern [100]) aus ſo bündigen Gründen verworffen worden, daß ſie unter den neuern Rechtsgelehrten wohl nicht leicht noch einen Vertheidiger finden möchte. Es iſt ganz unläugbar, daß man jene Stellen des canoniſchen Rechts falſch verſtanden habe, in denen von einer conſuetudine praeſcripta die Rede iſt. Man darf in der That nur mit einiger Aufmerkſamkeit dieſe Stellen durchleſen und ſie mit einander vergleichen, ſo wird man deutlich ſehen, daß daſelbſt gar nicht von einer ſolchen Gewohnheit, die durch den Willen des Landesherrn zu einem Geſetz wird, ſondern von der Ausübung und dem Gebrauch eines Rechts oder einer Befugniß, die durch geſetzmäſige Verjährung erworben werden kann, gehandelt werde, und eine verjährte Gewohnheit daher in dieſer Rückſicht nichts anders als das ſeit langer Zeit ausgeübte und durch die Gewohnheit befeſtigte Recht ſelbſt ſey [1]). Aus dieſem Geſichtspunct wird ſich nun inſonderheit

tere Rechtsgelehrte, erfordern eine Zeit von 100 Jahren; dieſen Zeitraum ſollen die Ausdrücke *longaevus uſus*, *inveterata conſuetudo* in ſich faſſen. Alle dieſe Meinungen findet man jedoch im dritten Bande der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 181. Meditat. S. 309. u. folgg. hinlänglich widerlegt.

100) S. *Io. Henr.* HOCHSTETTER Diſſ. de praeſcriptione conſuetudinis ad cap. ult. X. de conſuetud. Stuttgard. 1776. und D. Meurers juriſtiſche Abhandlungen und Beobachtungen 1. Samml. Leipzig 1780. S. 157.

1) So verſtehen dieſe Stellen auch die neuern katholiſchen Canoniſten. S. SCHRODT Inſtitut. iur. canon. §. 238. Eibel

derheit auch das *Cap. ult. X. de conſuet.* am leichteſten erklären laſſen. Wir wollen die Worte deſſelben ſelbſt herſetzen. Cum tanto graviora ſint peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo ſanae mentis (non) intelligit, naturali iuri, cuius transgreſſio periculum ſalutis inducit, quacunque conſuetudine, quae dicenda eſt verius in hac parte corruptela, poſſe aliquatenus derogari. **Gregor** der neunte redet in dieſen Eingangsworten davon, daß auch eine lange Gewohnheit uns zu Handlungen nicht berechtige, die nach natürlichen und göttlichen Geſetzen verboten ſind, weil man bey deren Uebertretung Seel und Seligkeit verlieren könne. Die öftere Wiederholung ſolcher Miſſethaten mache uns nur deſto ſtraffälliger, je größere Neigung zu ſündigen, und je größere Bosheit des Gemüths hierdurch an den Tag gelegt werde. Daß der Pabſt hauptſächlich gegen diejenigen eifere, welche unter dem Vorwande einer Gewohnheit, d. i. eines durch Gewohnheit erworbenen Rechts ihre unerlaubte Handlungen rechtfertigen wollen, ergiebt ſich aus andern Stellen noch deutlicher. So z. B. werden in dem Concilio Turonenſi verſchiedene Arten der Simonie verboten, mit dem Beyſatz: *nec ſub obtentu cuiusquam conſuetudinis reatum ſuum quis tueatur, quia diuturnitas temporis non diminuit peccata, ſed auget* [2]). Eben ſo heißt es in einem andern Concilio Lateranenſi: *horribile nimis eſt, quod in quibusdam eccleſiis locum venalitas perhibetur habere — — putant autem*

kathol. Kirchenrecht IV. Th. I. Band §. 270. S. 122. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſiaſt. P. II. §. 106. *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 21. not. d. u. a. m.

2) *Cap.* 8. X. *de Simonia.*

tem plerique, ex hoc ſibi licere, quia legem mortis de longa conſuetudine invaluiſſe arbitrantur, non attendentes, quod tanto graviora ſunt crimina, quanto diutius infelicem animam tenuerunt alligatam[3]). Die Kirchen, von denen hier die Rede iſt, ſuchten die Schändlichkeit ihrer Handlung mit einer langen Gewohnheit zu beſchönigen, wodurch ſie ein Recht erlangt zu haben vermeinten. Es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß Pabſt Gregor IX. ſolche und andere ähnliche Fälle im Sinne gehabt. Er fährt nun folgendermaſſen fort: Licet etiam longaevae conſuetudinis non ſit vilis auctoritas; non tamen eſt usque adeo valitura, ut vel iuri debeat praeiudicium generare, niſi fuerit rationabilis, et legitime ſit praeſcripta. Von was für einer Gewohnheit kann hier wohl die Frage ſeyn? Offenbar von einer ſolchen, die verjährt werden kann, und durch welche die poſitiven Geſetze eine Einſchränkung auf irgend eine Art leiden. Dieſe iſt aber keine Regel, die die Vorſchrift der poſitiven Geſetze aufhebt, ſondern ſie beſtehet in einem Recht, welches einem Dritten nach einer geſetzlichen Anordnung zuſtehet, aber vermittelſt der Verjährung auf uns übergehen kann. Von einer ſolchen Gewohnheit redet Innocenz III. in dem oben angeführten *cap.* 8. *X. de Conſuet.* und auch **Gregors** Entſcheidung in unſern *cap. ult.* beziehet ſich auf eine ſolche Gewohnheit, wodurch das Recht eines Andern, ſo ihm nach dem gemeinen Recht zuſtehet, aufgehoben, oder eingeſchränkt, oder überhaupt nur näher beſtimmt wird. Durch eine ſolche Gewohnheit werden alſo die poſitiven Geſetze nicht aufgehoben, ſondern ihre Wirkſamkeit wird dadurch nur in einem individuellen Fall gehemmt. Herr Prof. Hochſtetter, den

3) *Cap. 9. X. eodem.*

den ich hier vorzüglich gefolgt bin, öffnet uns jedoch noch einen andern Weg zur Erklärung dieſes Capittels [4]). Nämlich da **Gregor** in dem erſten Theil deſſelben von den gebietenden und verbietenden natürlichen Recht (iure naturali praeceptivo ac prohibitivo) redet, ſo läßt ſich mit gutem Grund vermuthen, daß er in dem zweyten Theil das gebietende und verbietende poſitive Recht zum Gegenſtand genommen habe. Nach dieſem Geſichtspunct lieſſe ſich alſo von dem Text folgende Erklärung machen: Wenn gleich in den meiſten Fällen eine Gewohnheit jemanden ein Recht beylegt, wodurch er ſich aus dem Grunde, daß

4) In der angeführten *Diſſ.* §. *XXIV.* Seine Paraphraſe iſt dieſe. *Licet in plerisque conſuetudo ſufficiat, ut aliquis iure quodam, quo diu uſus eſt, tanquam ſuo utatur, et adverſus aliorum impetitiones conſuetudine ſe defendat, non tamen eſt usque adeo valitura, ut quis ſe ab obligatione generali iuris poſitivi conſuetudine ſola eximere, vel ius ſibi, quod negat ipſi ius poſitivum, ſola conſuetudine aſſerere poſſit, niſi fuerit rationabilis,* i. e. *niſi fuerit talis conſuetudo, ut ex cauſa peculiari ipſi contra ius poſitivum concedi poſſet, et legitime praeſcripta (ſi ſcilicet ſolo conſuetudinis titulo nitatur.) Haec conſuetudo non tollit aut abrogat ius poſitivum, de quo neque loquitur Pontifex, ei tamen derogat, ſive praeiudicium facit,* i. e. *exceptionem conſtituit a regula generali in certis perſonis, quae, quia rationem habet, admittitur, ſi ſit legitime conſtituta. — Paulo ante* GREGORIUM *IX. eandem ſententiam ſecutum eſt Concilium Lateranenſe IV. ſub* INNOCENTIO *III. habitum, quo iuxta c. 13. X. de offic. iud. ord. capitulis cathedralium Eccleſiarum ius indulgetur, quod diuturna ipſis conſuetudo tribuerat, exercendi iurisdictionem correctivam in ſua membra. Eo iure derogatur iuri poſitivo, quod Epiſcopo eam iurisdictionem tribuit, et eximuntur Canonici cathedralium Eccleſiarum ab obligatione generali, agnoſcendi iurisdictionem Epiſcopi.*

daß er ſolches ſchon ſeit langer Zeit ausgeübt habe, gegen die Angriffe anderer ſicher ſtellen kann; ſo kann man doch einer Gewohnheit keine ſolche Kraft zuſchreiben, daß ſich ein Unterthan mittelſt derſelben allein von der allgemeinen Verbindlichkeit der poſitiven Geſetze loßmachen, oder ſich ein Recht anmaſſen dürfte, welches ihm die poſitiven Geſetze abſprechen, auſſer wenn dieſes Recht ihm aus einer beſondern Urſach der geſetzlichen Sanction ohngeachtet in dem Falle zugeſtanden wird, da es auf eine rechtmäſige Verjährung gebaut iſt. Dieſe Gewohnheit hebt das poſitive Geſetz nicht auf, ſondern wirkt nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel bey gewiſſen Perſonen, wie die Beyſpiele lehren, die uns die cap. 13. X. de offic. iud. ord. C. 26. X. de V. S. cap. 13. de Elect. in 6to und C. 1. de offic. ord. in 6to hierzu liefern.

Da alſo, wie hieraus erhellet, die Länge der Zeit, welche zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erforderlich iſt, weder durch die römiſchen noch canoniſchen Rechte beſtimmt worden iſt, ſo verdient wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten den meiſten Beyfall, welche dieſe Beſtimmung lediglich dem Gutbefinden des Richters überlaſſen [5]), der alsdann, ſo oft darüber ein

5) Arg. *L.* 1. *§.* 2. *D. de iure delib.* Siehe G. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. S. 15. *Ant.* SCHULTING Enarrat. Part. I. Digeſtor. h. t. §. 17. LAUTERBACH Coll. Theor. Pr. Pandectar. h. t. §. 35. STRYCK Uſ. Mod. Pand. h. t. §. 12. COCCEII Iur. Civ. Controv. h. t. *Quaeſt. XI.* GUNDLING in

ein Streit entſtehet, ob eine Gewohnheit für eingeführt gehalten werden könne? darauf ſehen muß, ob ſchon eine ſolche Zeit verfloſſen iſt, daß daraus mit Gewißheit auf die Einwilligung des Geſetzgebers geſchloſſen werden kann; wenn nicht etwa durch beſondere Landesgeſetze oder den Landesgebrauch, wie z. B. in Sachſen [6]), eine gewiſſere Norm hierin feſtgeſetzt worden ſeyn ſollte. Daß jedoch eine Zeit von undenklichen Jahren her zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erfordert werde, wie einige Rechtsgelehrten [7]) behaupten wollen, iſt unerweißlich [8]). Endlich

VI)

in Gundlinglan. P. VII. N. 3. §. 23. MÜLLER ad Struvium Ex. 2. th. 20. lit. ξ. REINHARTH ad Chriſtinaeum Vol. IV. Obſ. 65. S. 96. Eiſenhart Erzählung beſond. Rechtshändel 2. Th. N. 7. S. 193. Overbeck Meditationen über verſchied. Rechtsmaterien. 3. Band S. 311. u. a. m.

6) In Sachſen erfordert der Gerichtsbrauch eine Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen. S. Eichmann Erklärung des bürgerl. Rechs. 1. Th. S. 390.

7) Unter den neuern hat dieſes vorzüglich zu behaupten geſucht Dr. Meurer in den juriſtiſchen Abhandlungen und Beobachtungen. 1. Samml. S. 113.

8) S. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 5. Herr geh. Juſt. R. Walch hat ſich zwar auf keine Prüfung der gegenſeitigen Argumente eingelaſſen, ſondern ſein Hauptargument bloß darin geſetzt, daß die Civilgeſetze zur Beſtättigung eines Gewohnheitsrechts nirgens eine undenkliche Zeit erfordert hätten. Es ſind aber auch in der That die Gründe des angeführten D. Meurers von keinem ſonderlichen Gewicht. Die in den Geſetzen dieſes Titels der Pandecten gebrauchte Ausdrücke *conſuetudo inveterata, diuturna, antiquitus probata*, beweiſen ſeine Meinung noch nicht. Es können Gewohnheiten allerdings von der Art ſeyn, daß ſich ihr Urſprung im hohen Alterthum verliehrt, daraus folgt aber

VI) müſſen die Handlungen, aus welchen eine legale Gewohnheit entſtehen ſoll, öffentlich, das heißt, auf eine ſolche Art geſchehen ſeyn, daß ſowohl die Unterthanen ſelbſt, unter denen ſie zur verbindlichen Norm werden ſoll, als auch der Landesherr dieſelben haben wiſſen können. Ob nun aber noch überdem erfordert werde, daß die Gewohnheit in den Gerichten beſtättiget, und nach derſelben rechtskräftig geſprochen worden ſey, iſt unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Diejenigen, welche ſolches behaupten 9), gründen ſich auf den bekannten Ausſpruch

aber nicht, daß überall eine Beobachtung von undenklicher Zeit her erfordert werde, wenn eine Gewohnheit für eingeführt gehalten werden ſoll. Der Ausdruck *vetuſtas* bedeutet freylich unterweilen in unſern Geſetzen eine undenkliche Zeit *L.* 2. *D. de aqua et aquae pluv.* aber auch oft nur eine Zeit von mehreren Jahren *L.* 10. *D. ſi ſerv. vindic.* wie ſchon BRISSONIUS *de V. S.* voc. vetuſtas und WESTPHAL de libertate et ſervitut. praediorum §. 820. S. 560 angemerkt haben; und daß letztere Bedeutung in der Lehre vom Gewohnheitsrecht anzuwenden, erhellet aus *L.* 35. *D. de LL.* nur gar zu deutlich, wo LONGA CONSUETUDO eine ſolche genennt wird, *quae per annos plurimos obſervata eſt.* Ueberhaupt finden hier die von Meurer aus dem *Tit. de aqua et aquae pluv. arc.* angeführten Stellen gar keine Anwendung. Es iſt auch ungegründet, daß nur durch das Alterthum allein die zur Begründung eines Gewohnheitsrechts erforderliche *opinio neceſſitatis* generirt werde, denn daß dieſe auch noch mehrere andere Entſtehungsgründe haben könne, iſt ſchon oben bemerkt worden.

9) D. Meurer a. a. O. S. 125. u. 140. Eben dieſer Meinung war auch ſonſt H. Hofr. HOFACKER in der oben angef. Diſſ. de iure conſuetudinis Cap. II. §. 39—41. allein er hat ſeine Meinung geändert in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 124. Andere erfordern jedoch nur in dem Fall gerichtliche Hand-

ſpruch Ulpians [10]), deſſen Worte alſo lauten: Cum de conſuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam *contradicto aliquando iudicio* [11]) conſuetudo firmata

Handlungen, wenn die Gewohnheit einem geſchriebenen Geſetz gerade zuwider iſt. SCHILTER Ex. ad Pand. 2. th. 21. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. I. n. 19. u. *L. B. a* WERNHER ſel. Obſervat. for. T. II. P. IX. obſ. 193. S. 564.

10) *L. 34. D. de LL.*

11) Verſchiedene Ausleger des römiſchen Rechts wollen dieſe gemeine Leſeart für unrichtig halten, ohngeachtet ſie die Auctorität der Florentiniſchen Pandecten für ſich hat, weil ihrer Meinung nach die Worte *contradicto iudicio* keinen rechten Verſtand hätten. Sie wollen daher ſtatt *contradicto* lieber *contradicta* leſen, und glauben ihre Emendation durch die Auctorität der Griechen beym LEUNCLAVIUS Lib. II. Notatorum c. 3. unterſtützen zu können. Man ſehe *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. S. 15. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Dig. h. t. §. 19. GUNDLING in Gundlingian. VII. St. N. 3. §. 19. und ECKHARDT in Hermenevt. iur. Lib. I. c. VII. §. 303. S. 547. Allein daß dieſe Aenderung ganz unnöthig, ja höchſt unſchicklich ſey, haben *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Diſſert. 2. §. 3. und beſonders Herr Prof. PÜTTMANN in Interpretat. et Obſervat. iuris Cap. 19. hinlänglich gezeigt. Die Erklärung aber, die man von dieſen Worten macht, iſt wieder ſehr verſchieden. *Caſp. Conr.* STAUDINGER in Diſſ. de conſuetudine contradicto iudicio firmata ad L. 34. D. de LL. *Goettingae* 1753. §. V. erklärt die Stelle folgendergeſtalt: *Contradicto aliquando iudicio conſuetudo firmata, denotat conſuetudinem, quae firmata eſt per contradictionem, a Praetore factam ei, qui contra iſtam conſuetudinem, actionem in iudicium deducere intendebat.* Das contradictum ziehet er alſo auf den Prätor, von welchem geſagt werde: *contradicit iudicium*, ſi actionem, ab actore in iure propoſitam, non admittit. *Iudicium* ſey alſo ſo viel

firmata ſit. Allein einmal enthalten dieſe Worte offenbar keine geſetzliche Diſpoſition, ſondern einen bloßen
Rath,

viel als actio, und *contradicto iudicio* heiße nichts anders, als ſi actio ſtatim in limine, qua actio conſuetudini adverſa, a Praetore contradicta eſſet. Allein ich muß geſtehen, daß ich den Ausdruck *contradicere iudicium* vom Prätor nirgends in unſern Geſetzen geleſen habe, die Redensart *denegare actionem*, wenn der Prätor eine Klage nicht geſtattet, ſie für unzuläßig erklärt, iſt bekannt genug L. 30. D. de ſolut. L. 26. §. 4. D. ex quib. c. maj. L. 4. §. 1. de re iud. L. 3. pr. ſi menſor. L. 14. pr. D. de noxal. act. u. a. m. Solchemnach möchte alſo das *contradictum* wohl mehr auf dem Gegner ſich beziehen, der der Gewohnheit widerſpricht, worauf der Kläger ſeine Klage gegründet hatte. Dies beweiſen auch die Anfangsworte *cum de conſuetudine — confidere quis videtur.* Denn *confidere* iſt ſo viel als niti aliqua re contra obnitentem. S. BRISSON *de V. S.* v. confidere. Beſſer erklärt Herr Prof. Püttmann a. a. O. S. 87 die Worte *an etiam contradicto aliquando iudicio* u. ſ. w. per hypallagen, von welcher Figur *Iod. Ioh.* STRUCHTMEYER Animadv. Crit. Lib. II. c. 1. mehrere Beyſpiele geſammlet hat. Ich habe der Püttmanniſchen Erklärung ſchon bey einer andern Gelegenheit (S. 51. Not. 67.) gedenken müſſen. Der wahre Sinn der Worte iſt alſo dieſer: *explorandum eſt, an etiam conſuetudo, ab adverſa parte licet contradicta, a Praetore tamen aliquando iudicio firmata ſit*, i. e. *Praetor pro ea aliquando pronunciaverit.* Noch eins kann ich hierbey nicht mit Stillſchweigen übergehen. STAUDINGER a. a. O. §. VI. und HOFFMANN a. a. O. wollen überdies die L. 34. nicht allgemein, wenn überhaupt vom Beweis einer Gewohnheit die Rede iſt, ſondern nur von ſolchen Gewohnheiten erklären, *quae circa praerogativas honorum, et vacationes a muneribus in unaquaque provincia vel civitate obtinebant.* Der Beweis iſt aus der Inſcription genommen. *Libro IV. de officio Proconſulis* habe Ulpian von den bürgerlichen Pflicht- und Ehrenämtern, desgleichen von Erledigung derſelben, und den Entſchuldigungsurſachen gegen deren
Auf-

Rath, wie ich ſchon an einem andern Orte (S. 51.) bemerkt habe. Das Wort *arbitror* zeigt dieſes unläugbar an. Sodann aber iſt auch hier gar nicht davon die Rede, was zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erforderlich ſey, ſondern was das beſte Beweismittel ſey, wenn über eine Gewohnheit ein Streit entſtehet. In einem ſolchen Falle iſt freylich der Rath des römiſchen Juriſten vortreflich, daß man vor allen Dingen nachforſche, ob nicht ſchon in vergangenen ſtreitigen Fällen nach dieſer Gewohnheit, von welcher die Frage iſt, gegentheiligen Widerſpruchs ohngeachtet, rechtskräftig ſey geſprochen worden; weil dadurch der ſonſt ſchwere Beweis ungemein erleichtert wird, wenn man ſich auf ſolche gerichtliche Präjudicien berufen kann. Ferner, wenn zur Einführung eines Gewohnheitsrecht nur gerichtliche Handlungen erfordert würden, wie könnte Calliſtratus[12]) zwiſchen *conſuetudo*, und *rerum perpetuo ſimiliter iudicatarum auctoritas* unterſcheiden? Es muß ſich alſo, deucht mich, doch wohl auch eine Gewohnheit ohne gleichförmige rechtskräftige Urtheilsſprüche gedenken laſſen. Und hiervon wird man ſich noch mehr überzeugen, wenn man bedenkt, daß der Grund, auf welchem die Gültigkeit einer

Auftrag gehandelt, wie aus der Vergleichung der aus dem gedachten *Lib. IV.* genommenen Fragmente L. 6. de legat. L. 6. de muner. et honor. L. 4. de Veteran. u. L. 2. de iure immunit. zu erſehen. Nur auf die hierauf ſich beziehende Gewohnheiten ſey alſo die *L.* 34. einzuſchränken, weil dieſe Stelle auch aus eben dem *Lib. IV. de officio Proconſ.* entlehnet ſey. Allein dieſen Mißbrauch der Critik hat ſchon Herr Prof. Püttmann a. a. O. S. 88. ſo vollkommen gerügt, daß mir hier nichts übrig bleibt, als meine Leſer an die Regel wieder zu erinnern, die ich deßfalls ſchon bey einer andern Gelegenheit (S. 65) gegeben habe.

12) *L.* 38. *D. de LL.*

einer Gewohnheit beruhet, nicht der Ausſpruch des Richters, ſondern der Wille des Geſetzgebers ſey; welcher auſſergerichtliche Handlungen ſo gut, als gerichtliche genehmigen kann. Aus dieſen Gründen trete ich alſo der Meinung unſers Autors ohne weiteres Bedenken bey, wenn er dieſen Paragraph mit den Worten ſchließt: ut vero actus in contradicto iudicio ſint obtenti, non neceſſario requiritur. Eben dies iſt auch die Meinung der meiſten Rechtsgelehrten [13]).

§. 87.

Von dem rechtlichen Beweis eines in Zweifel gezogenen Gewohnheitsrechts.

Wer nun eine Gewohnheit für ſich anführt, kann ſich, wenn ſolche von dem Gegentheil geläugnet worden, der ihm deshalb auferlegten rechtlichen Begründung derſelben um ſo weniger entziehen, je gewiſſer es iſt, daß Gewohnheitsrechte auf Thatſachen beruhen, die rechtlich nicht vermuthet werden [14]). Es wäre denn, daß die angezogene Gewohnheit ganz notoriſch, das iſt, in

13) S. VOET in Comment. ad Dig. h. t. §. 30. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. T. III. obſ. 847. HARTLEBEN Spec. XI. meditat 9. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 1. Th. S. 379 und folgg. Gebrüder Overbeck in den Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. III. Band 183ſte Meditat. u. a. m. Vorzüglich aber verdient hier KEMMERICH in Diſſ. de probatione conſuetudinis et obſervantiae *Sect. II. §. XII. Not.* e. S. 75. nachgeſehen zu werden, wo er die Meinung derjenigen gründlich widerlegt hat, welche wenigſtens zur Begründung einer conſuetudinis correctivae, actus in contradictorio iudicio obtentos für nöthig halten wollen.

14) *Cap. 1. de conſtitut. in 6to.*

in dem Orte, wo davon die Frage iſt, allgemein bekannt, oder wenigſtens vom Gegentheil ſelbſt eingeſtanden ſeyn ſollte [15]), in welchen Fällen Gewohnheiten keines weitern Beweißes bedürfen [16]), wenn auch gleich in dem erſtern Falle der Gegner vorgeſchützet hätte, daß ihm ſolche unbekannt ſey [17]). Soviel nun den Beweiß eines ſtreitigen Gewohnheitsrechts ſelbſt anbetrift, ſo iſt zwar nicht zu läugnen, daß derſelbe insgemein mit vielen Schwierigkeiten

15) S. I. H. BOEHMER Iur. Eccleſ. Proteſt. T. I. L. I. Tit. IV. §. 45. S. 242. verb. Dieweil aber dennoch Leuteraten gerichtlich *Fol. Act. II.* eingeſtanden, daß in die 30 Jahre her ein Halbſpänner *ratione* der Kirchen *praeſtandorum* ſo viel, als ein Vollſpänner, präſtiret, — woraus denn eine *obſervantia conſtans*, welche in dergleichen Kirchen *praeſtandis pro norma* beobachtet werden muß, von ſelbſt erfolget, und keines fernern Beweiſes bedarf, nachdem ſie *per confeſſionem adverſariorum* gleichſam *pro notoria* zu halten. — Daß auch ein auſſergerichtliches, aber wiederholtes, Geſtändniß einer rechtlichen Gewohnheit die Kraft eines völligen Beweiſes habe, behaupten *Fratr.* BECMANNI in Conſil. et Deciſion. P. I. Deciſ. XI. n. 8. S. 202 u. f.

16) *cap.* 3. X. *de teſtib. cog.* MYNSINGER lib. V. Obſ. 96. n. 6. REINHARTH ad Chriſtinaeum. Vol. IV. Obſ. 66. S. 97.

17) Denn hiſtoriſche Unwiſſenheit desjenigen, was in einem Orte alle wiſſen, wird in der *L.* 9. *§.* 2. *D. de iur. et facti ignor.* für nie verzeihliche Sorgloſigkeit gehalten, und findet kein rechtliches Gehör. Das Beſtreiten ſolcher ganz notoriſcher Gewohnheiten, die der verlierende Theil füglich hätte wiſſen können und müſſen, ziehet daher auch billig die Verurtheilung in die Proceßkoſten nach ſich. S. Weber über die Proceßkoſten, deren Vergütung und Compenſation. §. 7. am Ende.

keiten verknüpft zu ſeyn pflegt, ſo daß ſchon Leyſer [18]) ſagte, er wiſſe ſich weniger Fälle zu erinnern, daß derjenige, der einen ſolchen Beweiß übernommen, denſelben vollführet hätte; man darf ihn aber doch deshalb mit Caſpar Klock [19]) nicht für unmöglich halten, weil es uns an Beyſpielen eines ſolchen nach aller Strenge geführten Beweißes wirklich nicht mangelt [20]). Bey dem Beweiße einer beſtrittenen rechtlichen Gewohnheit kommt es nun auf zweyerley an; I) auf das, was eigentlich erwieſen werden muß. II) auf die Beweißgründe [21]). Das erſtere, oder das Beweißthema, muß aus der Natur einer rechtlichen Gewohnheit, und deren Erforderniſſen beſtimmt werden. Da nun die Natur einer jeden Gewohnheit in einer Gleichförmigkeit der Handlungen beſtehet, ſo iſt zum Beweiße nicht genug, wenn derſelbe nur überhaupt darauf gerichtet wird, daß dergleichen Gewohnheit wirklich an einem Orte eingeführt ſey, wovon die Frage iſt [22]), ſondern es wird hierzu vor-

 nehm-

18) Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. IX. m. 1. S. 87.

19) Conſil. Tom. I. Conſ. 28. n. 223.

20) Ein lehrreiches Beyſpiel findet man in Pütters Beyträgen zum T. Staats- und Fürſtenrecht. Th. II. Nr. XXXIX. S. 288. u. folgg.

21) Von dem Beweiſe einer gültigen Gewohnheit handeln vorzüglich *Diet. Herm.* KEMMERICH in Diſſ. de probatione conſuetudinis et obſervantiae. Ienae 1732. Sect. II. und *Bern. Aug.* GAERTNER Meditat. practicar. ad Pandect. Spec. I. med. XIII.

22) Zwar ſind ſolche generelle Beweisartikel, die auf das Daſeyn einer behaupteten Gewohnheit überhaupt geſtellet ſind, für unzuläßig nicht zu achten, ſie müſſen nur durch nachſtehende ſpeciellere, in welchen einzelne gleichartige Fälle angeführt worden ſind, unterſtützt werden. Es verdient hierbey beſonders

nehmlich erfordert, daß diejenigen Handlungen und Fälle ſelbſt umſtändlich angegeben werden, wodurch die ſtreitige Gewohnheit ſoll eingeführt worden ſeyn[23]). Es muß alſo bewieſen werden, daß man ſchon vorhin beſtändig und unabgeändert in ſolchen Fällen eben ſo zu Werke gegangen ſey, als in dem jetzigen ſtreitigen Falle nach der behaupteten Gewohnheit wieder geſchehen ſoll. Wie viele Fälle nun zum vollſtändigen Beweiſe der ſtreitigen Gewohnheit anzuführen ſind, und ob ſchon zwey derſelben für hinlänglich zu achten, muß billig dem Ermeſſen des Richters überlaſſen werden [24]). Rathſam aber iſt es immer, wenn der Beweißführer ſo viele Fälle beybringt, als es ihm nur immer möglich geweſen, ausfindig zu machen. Unſtreitig werden auch zum Beweiß einer ſolchen Gewohnheit, die den geſchriebenen Geſetzen entgegen iſt, mehrere einzelne Handlungen erforderlich ſeyn, als wenn die

ders *Matth.* COLERUS de proceſſibus executivis P. I. Cap. III. n. 34. u. folgg. nachgeſehen zu werden. Man vergleiche auch hierbey das Beyſpiel eines ſolchen articulirten Beweiſes beym Pütter a. a. O.

23) Man ſehe das Präjudiz beym WERNHER ſel. Obſ. forenſ. P. IV. Obſ. CX. n. 4. u. folgg. S. 240.

24) S. Kemmerich a. a. O. §. IV. am Ende, auch Struben in rechtlichen Bedenken. 1. Th. Bed. 130. S. 309. Die meiſten Rechtsgelehrten glauben indeß, daß zwey vorgefallene Actus zum Beweiſe einer Gewohnheit zureichten. GAIL. Lib. II. Obſ. 31. MYNSINGER Centur. VI. Obſ. 41. n. 7. CARPZOV P. II. Conſt. 3. def. 22. n. 7. PEREZ Commentar. in Codic. tit. quae ſit longa conſuet. n. 5. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. I. §. 19. Allein *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. 4. §. 42. will dieſes nur unter der Einſchränkung zulaſſen: *ſi actus duo* ILLUSTRES *et* NOTABILES *probati fuerint, ita ut exinde fides iudici fieri poſſit, tale ius non ſcriptum extare.*

die Gewohnheit von der Art nicht iſt, weil ſich aus einer oder der andern Handlung, die der Landesherr gegen das Geſetz zugelaſſen, die Abſicht deſſelben, daß das Geſetz in Zukunft nicht mehr gelten ſolle, noch nicht immer mit Gewißheit folgern läſſet [25]). Es müſſen nun auch ferner die Handlungen, aus denen die ſtreitige Gewohnheit dargethan werden ſoll, mit allen dabey vorgefallenen Umſtänden angeführet werden, damit der Richter beurtheilen könne, ob dieſelbe ſowohl unter ſich conform ſind, als auch ob inſonderheit die gegenwärtige ſtreitige Handlung von gleicher Art, oder doch unter jenen Handlungen als Species begriffen ſey. Daß die angezogene Handlungen der Gewohnheit durch entgegen geſetzte nicht unterbrochen worden ſind, gehört nicht zum Beweißthema; ſondern iſt die Gleichförmigkeit mehrerer Handlungen erwieſen, ſo wird ſo lange vermuthet, daß dieſelbe nie unterbrochen worden ſey, bis das Gegentheil dargethan wird [26]). Ob nicht aber die ſtreitige Gewohnheit *ſpecifice* und *in individuo*, erwieſen, das heißt, ob nicht insbeſondere dargethan werden müſſe, daß eben derſelbe Fall, worüber geſtritten wird, unter den nämlichen Umſtänden ſchon mehrmalen vorgekommen, und dabey jederzeit die behauptete Gewohnheit zur Regel genommen worden ſey? iſt eine Frage, wobey die Rechtsgelehrten nicht einerley Meynung ſind. Die meiſten wollen dieſe Frage bejahen [27]); und dieſen ſtimmt auch unſer Autor bey. An-

25) KEMMERICH a. a. O. §. XII. S. 74.

26) SCHILTER Praxi iur Rom. Ex. II. §. 21. und KEMMERICH a. a. O. Sect. II. §. VI. S. 65.

27) COTHMANN II. Reſp. 84. n. 52. MEVIUS P. IV. Dec. 3. n. 7. *de* WERNHER ſel. Obſervat. for. P. V. Obſ. 135. *I. H.* BOEHMER in Iure Eccleſ. Proteſtant. T. I. Lib. I. Tit. IV. §. 44.

Andere [28]) hingegen laſſen eine Aehnlichkeit der Fälle zu. Dieſe letzere Meynung halte ich allerdings für gegründeter. Denn erſtlich, warum ſollte es bey ungeſchriebenen Geſetzen anders, als bey geſchriebenen, ſeyn? Will der Geſetzgeber einmal, daß es bey gewiſſen Fällen hinführo beſtändig eben ſo gehalten werden ſolle, wie es von Alters her bis jetzo üblich geweſen iſt; warum ſollte es nicht auch ſeinem Willen gemäß ſeyn, bey andern ähnlichen Fällen daſſelbe Gewohnheitsrecht Statt finden zu laſſen? Sodann aber beſtärken mich hierin auch ſelbſt die Geſetze [29]). Es muß nur aber freylich eine wahre Aehnlichkeit der Fälle vorhanden ſeyn. Daß dieſe bey wirklicher Anwendung oft ſchwer zu beſtimmen ſey, geſtehe ich gern; aber eben deſto nöthiger iſt es, ein Principium feſtzuſetzen, woraus die Aehnlichkeit der Fälle zu beurtheilen. Eine ſolche Aehnlichkeit iſt nun alsdann unſtreitig vorhanden, wenn der gegenwärtige Fall, ohnerachtet er in ſpecie noch

§. 44. S. 235 am Ende u. folg. KEMMERICH cit. Diſſ. Sect. II. §. VIII. REINHARTH ad Chriſtinaeum Vol. IV. Obſ. 66. S. 96. u. m. Sie berufen ſich auf *L. 1. C. quae ſit longa conſuet.* wo die Worte ſtehen: *in eodem controverſiarum genere.*

28) VOETIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 36. KÖNIG in Diſſ. de iure conſuetudinario §. 35. LEYSER Spec. IX. med. 8. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 12.

29) *L. 32. pr. D. de LL.* und *Ant.* FABER in Rational. ad eandem L. ich habe die Erklärung dieſes Rechtsgelehrten ſchon oben S. 425. Not. 23. mit den eignen Worten deſſelben vorgetragen. Dieſem iſt die *L. 1. C. quae ſit longa conſ.* ſo wenig entgegen, daß ſie vielmehr in den Worten: *eodem controverſiarum* GENERE unſern Satz beſtätiget; wenn man zumahl damit verbindet, was in eben dieſem Geſetz zur weiteren Beſtimmung jener Worte hinzugefügt worden: *nam et* RATIO, *quae conſuetudinem ſuaſit, cuſtodienda eſt.*

noch nicht vorgekommen, dennoch nicht nur überhaupt unter ein gewiſſes genus von Fällen zu zählen iſt, von welchen derſelbe als eine Species anzuſehen, ſondern auch insonderheit bey dem jetzigen einzelnen Falle eben der Grund, welcher vom ganzen Geſchlecht gilt, ſtatt findet. Iſt dieſes, ſo iſt der gegebene Fall allerdings für gleichartig zu halten, und es iſt genug, wenn die Gewohnheit nur von dem genere caſuum erwieſen wird, unter welchem der ſtreitige Fall als eine Species begriffen iſt. Man ſetze zum Beyſpiel, daß in einem gewiſſen Orte die Töchter aus der Verlaſſenſchaft ihrer Mütter die Gerade für ſich verlangten, und ſich in einem Gewohnheitsrecht gründeten. Sie bewieſen hierauf, daß man ſich an dieſem Orte in Erbfällen von je her nach dem ſächſiſchen Rechte gerichtet; ſo haben ſie auch in Anſehung der zum voraus verlangten Gerade das behauptete Gewohnheitsrecht erwieſen, weil auch dieſe ſächſiſchen Rechtens iſt. Ein anderer Fall. Ein Edelmann verlangt von einem Witwer, der ſeiner ohne Leibeserben verſtorbenen Ehefrauen lehnbahres Guth ererbet, vermöge eines Gewohnheitsrechts das Erb- oder Sterbhandlohn. Der Lehnmann glaubt hiezu nicht verbunden zu ſeyn. Erſterer ſoll alſo ſeine angemaßte Befugniß erweiſen. Der Edelmann beweiſet nun mit einer Reihe von Fällen, daß ihm jederzeit die Witwe, welche ihres ohne Kinder verſtorbenen Mannes Lehnguth ererbt, die Sterbelehn als perſona in inveſtitura non comprehenſa habe entrichten müſſen. Quaeritur, hat Kläger hierdurch ſein Recht, auch in dem jetzigen Fall ein Erbhandlohn zu fordern, erwieſen? ich glaube, allerdings! Denn iſt gleich der ſich jetzt zugetragene umgekehrte Fall vorher noch nicht in individuo vorgekommen, wer

wird deswegen läugnen, daß das von dem Lehnsherrn erwieſene Gewohnheitsrecht auch mit auf denſelben anzuwenden ſey, da bey demſelben der nämliche Grund, daß auch der Witwer keine perſona in inveſtitura comprehenſa iſt, ſtatt findet? Jedoch darf auch hier nicht aus der Acht gelaſſen werden, was wir oben von der Rechtsanalogie überhaupt bemerkt haben, (S. 256 u. folg.) und ich widerſtreite gar nicht, daß Gewohnheiten, die exorbitant ſind, und beſondere Rechte (iura ſingularia) zum Gegenſtand haben, billig zu reſtringiren, und daher in ſtreitigen Fällen nicht analogiſch, ſondern ſpecifice zu erweiſen ſind [30]).

Zum Beweiß einer ſtreitigen Gewohnheit iſt jedoch nicht genug, mehrere gleichartige Fälle angegeben zu haben, ſondern es muß auch erwieſen werden, daß ſie die zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Eigenſchaften haben, in ſofern ſelbige nicht etwa vermuthet werden können. So z. B. bedarf die Eigenſchaft der Vernunftmäſigkeit keines Beweißes, ſondern dieſe wird bey einem erwieſenen Gewohnheitsrechte in Zweifel vermuthet, bis das Gegentheil dargethan iſt [31]). Dahingegen aber muß 1) bewieſen werden, daß die angeführten Handlungen, wodurch die Gewohnheit ſoll begründet worden ſeyn, öffentlich und in der Meinung einer moraliſchen Nothwendigkeit ſind unternommen worden, inſofern nicht etwa dieſe Eigenſchaften ſich ſchon aus der Natur der ange-

30) Dergleichen Fälle findet man beym *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. IV. §. 44. S. 236. ferner in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen von Gmelin und Elſäſſer. IV. Band N. VII. S. 86. u. folgg.

31) KEMMERICH cit. Diſſ. Sect. II. §. X. S. 69.

angeführten Handlungen von ſelbſt ergeben ſollten. Denn man ſetze z. B. daß es ſolche Handlungen wären, die in den Gerichten vorgekommen, und worüber geſtritten worden iſt; ſo iſt wegen jener Eigenſchaften kein beſonderer Beweis erforderlich. Allein man nehme nun den Fall an, daß in einem Orte, deſſen Einwohner gewiſſe Hölzer gemeinſchaftlich beſitzen, dergleichen Holzerbſchaften ſich häufig in Ober- und Niederteutſchland finden, die männlichen Erben allein mit Ausſchließung der weiblichen in den Holzantheil des verſtorbenen Erblaſſers zu ſuccediren begehret, auch desfalls erwieſen hätten, daß dieſe Holzgerechtigkeit in dem Orte jedesmahl bey dem Mannsſtamme verblieben ſey. Würden ſie wohl hierdurch ſchon die Behauptung einer excluſiven Gewohnheit genugſam dargethan haben? Ich glaube es nicht. Denn ſind gleich noch ſo lange die Holztheile den Söhnen verblieben, ſo folgt doch daraus noch nicht, daß ſie vermöge rechtlicher Nothwendigkeit bey denſelben haben verbleiben müſſen [32]). Es muß alſo dieſer letztere Umſtand noch beſonders dargethan werden. 2) Die zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Länge der

32) S. Struben in rechl. Bedenken I. Theil Bed. 128. und beſonders LUDOLF Symphorem. Conſultat. et Deciſion. Vol. I. Conſ. 44. S. 1335. deſſen Worte hier einen Platz verdienen: *Non ſufficit*, ſagt dieſer gründliche Rechtsgelehrte, *ad probationem excluſivae conſuetudinis, ſi allegetur, in hoc vel illo caſu hereditatis ſucceſſiſſe ſolos maſculos, cum excluſione feminarum, ſed oportet ſpecialiter doceri, ita propter conſuetudinem, vel vi talis conſuetudinis factum eſſe, non alia de cauſa, cum tale quid etiam contingere potuerit ex ſpeciali teſtatoris diſpoſitione, aut, in caſu inteſtati, ex amicabili compoſitione et pacto, unde aliqua neutiquam infertur conſuetudo.* Man ſehe auch VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 31. und von Cramer in den wetzlariſchen Nebenſtunden Part. XII. S. 100.

Zeit iſt meiſt ſchon aus denen desfalls angeführten einzelnen Handlungen abzunehmen, und bedarf daher in ſo fern keines beſondern Beweiſes; wenn jedoch in einem Lande zur Einführung eines ungeſchriebenen Rechts entweder durch ausdrückliche Landesgeſetze oder durch unbeſtrittenen Gerichtsgebrauch eine gewiſſe Verjährungszeit angenommen worden iſt, ſo muß beſonders gezeigt werden, daß dieſe Zeit wirklich verfloſſen ſey [33].

Sind nun auf ſolche Art die zur Einführung einer ſtreitigen Gewohnheit erforderliche Handlungen und deren weſentliche Eigenſchaften rechtlich dargethan worden, ſo wird die Genehmigung des Landesherrn, inſofern dieſelbe nicht etwa durch eine allgemeine, oder ſich auf die ſtreitige Gewohnheit beziehende beſondere Verordnung ſchon ausdrücklich erklärt worden ſeyn ſollte, ſo lange vermuthet, bis das Gegentheil dargethan worden iſt [34]. Es wäre denn, daß von einer ſolchen Gewohnheit die Rede ſey, die den allgemeinen Landesgeſetzen gerade entgegen ſtreitet, in welchem Falle ein deutlicher Beweis erfordert wird, daß ſie zu ſeiner Wiſſenſchaft gekommen [35]. Dieſe erhellet z. B. aus der ausdrücklichen höchſten Confirmation [36] ſolcher Handlungen, oder auch aus andern Umſtänden.

Genug

33) KEMMERICH a. a. O. §. XII. S. 77.

34) SCHILTER Ex. II. §. 16. not. b.

35) Man vergleiche hier beſonders Kemmerich a. a. O. §. XI.

36) *Haec* (confirmatio) ſchreibt Kemmerich a. a. O. not. d. S. 71. *in* SANCTIORI *Principis* SENATU *potiſſimum, vel, hoc deficiente, in* REGIMINE *ſaltem* PROVINCIALI *fieri debere videtur: ſi ſcilicet, relatione ad Principem facta, actus conſuetudinis inductivus confirmetur.*

Genug von dem Beweisthema; ich will nun gleich zu den Beweismitteln ſelbſt ſchreiten, wenn ich zuförderſt nur noch dies bemerkt habe, daß der an ſich ſchwere Beweis einer ſtreitigen Gewohnheit alsdann viel von ſeiner Schwierigkeit verliehrt, wenn nicht ſowohl über das Daſeyn, ſondern blos über den heutigen Gebrauch und Gültigkeit [37]) einer alten Rechtsgewohnheit geſtritten wird; z. B. einer ſolchen, welche in einer Collection des Mittelalters z. E. im Sachſpiegel enthalten iſt (§. 69).

Die Beweismittel bey einem Gewohnheitsrechte können nun, wie in andern ſtreitigen Fällen,

I) Zeugen ſeyn. Wie viele aber zu einem ſolchen Beweiſe, von welchem hier die Rede iſt, erfordert werden, iſt unbeſtimmt. Daher die meiſten Rechtsgelehrten der Meinung ſind [38]), daß es auch in dieſem Falle bey der Regel bleibe, nach welcher zu einem vollſtändigen Beweiſe nur zwey untadelhafte Zeugen erfordert werden [39]). Andere wollen jedoch eine größere Anzahl der Zeugen beym Beweiſe einer rechtlichen Gewohnheit für nöthig, oder wenigſtens für zuträglicher halten [40]). Meines Erachtens läſſet ſich hiervon in abſtracto nichts beſtimmen,

37) S. Kemmerich a. a. O. §. 2. S. 60. u. not. e.

38) COLERUS de Proceſſ. executiv. P. I. Cap. III. n. 34. SCHILTER Exerc. II. §. 20. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 86. u. a. m.

39) Ob L. 12. *D. de teſtib.*

40) STRUV Synt. iur. civ. Ex. II. th. 21. FABER Cod. Lib. IV. Tit. 15. Definit. 14. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 34. Letzterer erfordert wenigſtens zehen Zeugen.

ſtimmen, ſondern es kommt alles auf ihre Wiſſenſchaft an, die ſie von den einzelnen Handlungen haben, wo= durch die ſtreitige Gewohnheit erwieſen werden ſoll. Ha= ben nun zwey derſelben von denen zum Beweis angeführ= ten einzelnen Fällen und deren Umſtänden vollkommene Wiſſenſchaft, ſind ſie überdies claſſiſch, ſo iſt nicht ein= zuſehen, warum der Beweis durch die Ausſagen zweyer ſolcher Zeugen nicht für vollführt geachtet werden ſollte? Daß inzwiſchen der Beweisführer eben deßwegen wohl thut, wenn er mehr als zwey Zeugen ernennt, hat keinen Zweifel. So viel nun aber die Ausſagen derſelben anbetrift, ſo iſt es nicht hinreichend, wenn die Zeugen überhaupt deponiren, daß eine dergleichen Gewohnheit wirklich vorhanden ſey [41]), worüber geſtritten wird, oder daß ſie die ihnen vorgelegten Beweisartikel ſchlechtweg bejahen; nein; es müſſen ihre Ausſagen, wenn ſie beweiſen ſollen, nicht nur auf die einzelnen Handlungen der Gewohnheit, und übrigen Eigenſchaften derſelben gerichtet ſeyn, ſon= dern auch einen hinreichenden Grund ihrer Wiſſenſchaft enthalten [42]). In ſo fern es jedoch nur auf das Alter= thum eines gewiſſen in Streit gezogenen Gebrauchs allein ankommen ſollte, ſind auch Teſtes de auditu für zuläſſig allerdings zu halten, zumahl wenn ſelbige ihre Ausſagen dahin geſtellet haben, wie ſie es von ſehr alten Leuten gehöret, daß etwas immer und ſeit Menſchenge= denken nicht anders geweſen wäre [43]). Und da es übri= gens beym Beweiſe eines Gewohnheitsrechts vorzüglich auf

41) MYNSINGER Cent. V. Obſ. XLI. n. 14.

42) COCCEII in iure civ. controv. h. t. Qu. XIV. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. S. 83. PUFFENDORF Obſervat. iur. univ. T. II. Obſ. 138. §. 1.

43) STRUV a. a. O. WERNHER ſel. Obſ. for. T. I. P. IV. Obſ. 37. n. 3.

auf einzelne Handlungen ankommt, ſo iſt eben ſo wenigem Zweifel unterworfen, daß auch Teſtes ſingulares, welche von einzelnen verſchiedenen, aber doch homogenen Handlungen, oder von verſchiedenen Umſtänden einerley Factums, die aber einander nicht entgegen ſind, zeugen, für nicht unzuläſſig gehalten werden dürfen [44]).

II) Urkunden, welche entweder dergleichen Handlungen ſelbſt enthalten, wodurch die Gewohnheit erwieſen werden ſoll, z. B. ſchriftliche und obrigkeitlich beſtättigte Aufſätze über Handlungen der Art, wovon die Frage iſt, desgleichen rechtskräftige Urtheilsſprüche; oder glaubwürdige Atteſtate [45]), die eine Erzählung, daß dergleichen Handlungen vorgekommen ſind, als zur Begründung der behaupteten Gewohnheit erfordert werden, enthalten, machen auch hier wichtige Beweismittel aus. Es kann jedoch das bloſe Atteſtat des Richters von einer hergebrachten Gewohnheit, wenn in demſelben keine actus ſpeciales, diuturni et uniformes, überall mit Beziehung auf die Acten, angegeben worden ſind, die Kraft eines rechtlichen Beweiſes nicht behaupten [46]), und wenn gleich einige Rechtsgelehrte der Meinung ſind [47]), daß ein ſolches allgemeines Atteſtat, wenn es

44) S. GAERTNER Meditat. pract. S. 29. n. 2.

45) Wie ſolche Atteſtate beſchaffen ſeyn müſſen, zeigt Struben in den rechtl. Bedenken V. Th. Bed. 90. S. 187.

46) S. Struben 2. Th. Bed. LIX. §. 4. S. 222. a WERNHER T. I. P. IV. Obſ. 110. ibique in *Supplement.* und T. III. P. II. Obſ. 252. n. 116. u. folgg. *Fratr.* BECMANNI Conſil. et Deciſion. Part. I. Reſp. VI. n. 8. S. 102. und vorzüglich Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. I. Th. S. 408. u. folg.

47) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 9.

es nur durch das Gerichtsſiegel, und die gewöhnliche Unterſchrift des Gerichts bekräftiget worden, wenigſtens einen halben Beweiß mache; ſo iſt doch dieſes von Andern [48]) mit mehrern Grunde geläugnet worden, indem bekannten Rechtens iſt, daß überhaupt kein Zeugniß, welches nicht beſtimmt, ſondern nur in allgemeinen Ausdrücken, und in folle, abgefaßt iſt, etwas, mithin auch nicht ſemiplene, erweiſe [49]). Ob nicht

III) in Ermangelung anderer Beweißmittel auch die Zuſchiebung des Eides zum Beweiß einer ſtreitigen Gewohnheit gebraucht werden könne? iſt nur in ſo weit zu verneinen, als der Eid überhaupt darüber deferirt werden ſoll, daß eine ſolche Gewohnheit, als behauptet werden will, wirklich vorhanden ſey [50]), weil eines Theils überhaupt kein Eid in folle zugeſchoben werden darf, ſondern das factum, worüber der Eid deferirt wird, jederzeit nach allen denjenigen Umſtänden, wovon die Wahrheit deſſelben abhängt, beſtimmt ſeyn muß [51]); andern Theils aber die Natur eines Gewohnheitsrechts dieſe Beweiſ-

48) REINHARTH ad Chriſtinaei Deciſion. Vol. IV. Obſ. 66. S. 96. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas. Vol. I. P. I. Spec. XI. med. 13.

49) *L. 4. Cod. de teſtib.* Ein anders iſt es, wenn die Analogie des teutſchen Rechts das Zeugniß des Richters unterſtützt, wovon Pütter in den auserleſenen Rechtsfällen 1. Band 2. Th. Dec. 43. ein Beyſpiel giebt.

50) S. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 2. Th. (Göttingen 1787.) XX. Hauptſt. 1. Tit. §. 321. n. VIII. S. 461. MALBLANC doctrina de iureiurando. Lib. III. Cap. III. §. 44. S. 136.

51) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. *Goett.* 1772. §. XII. n. II. S. 16.

weißart an ſich nicht zuläſſet, indem eine erwieſene Gewohnheit, als Geſetz, viele verbindet, niemand aber durch ſeinen Eid den Rechten eines Dritten präiudiciren, oder einem Dritten eine Verbindlichkeit aufbürden kann [52]). Daß indeſſen über einzelne Umſtände der zum Beweiß angeführten Handlungen, wovon der Gegner Wiſſenſchaft haben muß, der Eid zugeſchoben werden könne, leidet keinen Zweifel. Sollte aber nicht auch

IV) in dem Fall, da die vorgegebene rechtliche Gewohnheit nur halb, oder auch über die Hälfte, aber doch noch nicht vollſtändig, erwieſen worden, wenigſtens auf den Erfüllungseid erkannt werden können? Die meiſten Rechtsgelehrten leugnen dieſes [53]). Andere aber wollen wenigſtens das iuramentum de credulitate zulaſſen [54]). Ich glaube, wenn an der Vollſtändigkeit des Beweiſes nur noch wenig mangelt, und der Erfüllungseid nur dazu dienen ſoll, dieſen oder jenen einzelnen Umſtand,

52) MALBLANC a. a. O. S. 138.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. in fine. wo er folgenden Grund anführt: *Cum tali iureiurando actor id, quod minus plene probatum eſt, conſcientiae propriae teſtimonio, circa proprium, non alienum factum occupato, confirmet; hic vero non de iurantis facto, ſed populi totius conſenſu tacito, ac frequentibus non actoris reive, ſed aliorum actibus, dubitatio ſit; et praeſuppoſita actuum frequentia ad conſuetudinem neceſſaria, non poſſit non eſſe pluribus notum, quod conſuetudine obtentum eſt; apparet, niſi fallor, hic iurisiurandi ſuppletorii materiam deficere.* Hiermit ſtimmen auch Struben in den rechtl. Bedenken IV. Th. N. 163. S. 418. HERTIUS Vol. II. deciſ. 408. n. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 125. S. 102. u. a. m. überein.

54) WERNHER P. I. Obſ. 38. GAERTNER Meditat. pract. ad Pandectas. Spec. I. S. 29.

ſtand, der ſchon zu einen ziemlichen Grad der Probabilitát gebracht worden iſt, durch dieſen Eid völlig auſſer Zweifel zu ſetzen, ſo kann allerdings darauf erkannt werden [55]).

Hiermit beſchließt nun unſer Autor dieſe wichtige Materie vom Gewohnheitsrecht, wenn nun gleich in andern Syſtemen und Commentarien auſſer den vorgetragenen Sätzen auch noch von der Wirkung und Auslegung eines Gewohnheitsrechts gehandelt zu werden pflegt, ſo erfordern doch dieſe Puncte keine weitläuftige Erörterung, ſondern laſſen ſich daraus, daß die rechtlichen Gewohnheiten die Geſetze nachahmen [56]) und mit ihnen gleiche Kraft und Wirkung behaupten [57]), von ſelbſt herleiten. Durch gewohnheiten werden daher nicht nur neue Geſetze eingeführt [58]), und den dunklen Geſetzen ein beſtimmter Sinn gegeben [59]), ſondern es können ſogar geſchriebene Geſetze durch neue Gewohnheitsrechte ihre Kraft verlieren [60]). Die Frage, ob Gewohnheitsrechte nur allein ſtricte zu erklären, wird zwar insgemein bejahet [61]), allein andere laſſen

55) MALBLANC doctr. de iureiurando S. 276. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. S. 84.

56) *§. 9. I. de I. N. G. et C.* diuturni mores conſenſu utentium comprobati, *legem imitantur.*

57) *L.* 32. 33. 35. 36. u. 38. *D. h. t.* S. *Tob. Iac.* REINHARTH Diſſ. de iuris non ſcripti extra territorium efficientia. Goett. 1737.

58) *L.* 32. *pr. D. h. t.*

59) *L.* 37. *D. h. t.* Optima eſt Legum interpres conſuetudo.

60) *L.* 32. *§.* 1. *D. h. t.* Dieſem iſt *L.* 2. *C. quae ſit longa conſuet.* nicht entgegen, wie ich *ad §.* 93. zeigen werde.

61) S. GAERTNER Meditat. pract. ad Pandect. h. t. med. 15.

laſſen mit mehrern Grunde auch eine extenſive Auslegung gelten [62]).

§. 88 — 92.

Von den Statuten der Gemeinheiten.

§. 88.

Begriff und verſchiedene Gattungen der Univerſitäten.

Vom Gewohnheitsrechte gehet unſer Autor zu der Lehre von den Statuten der Univerſitäten oder Gemeinheiten und Collegien über, weil auch dieſe in gewiſſer Rückſicht als eine Gattung von Geſetzen anzuſehen ſind. In den Fragmenten dieſes Titels unſerer Pandecten kommt jedoch nichts davon vor, ſondern es wird davon an einem ganz andern Orte Lib. XLVII. Tit. 22. gehandelt. Eine Univerſität im weitläuftigen Verſtande, oder eine Gemeinheit, Gemeinde, Collegium, Korpus, Zunft ꝛc. iſt überhaupt eine vom Regenten zu einem fortdaurenden, und zunächſt mit dem gemeinen Endzweck des Staats in Verbindung ſtehenden, Endzweck beſtättigte oder geſtiftete Geſellſchaft. Sie erfordert alſo 1) die Vereinigung mehrerer Menſchen zu einen gemeinſchaftlichen Endzweck; wie jede andere Geſellſchaft; unterſcheidet ſich jedoch darin, daß ſie 2) zu einen fortdaurenden und beſtändigen Endzweck, welcher zunächſt mit dem gemeinen Endzweck des Staats in Verbindung ſteht; und zwar 3) mit landesherrlicher Approbation errichtet wird. Eine dergleichen Gemeinheit wird als eine moraliſche Perſon angeſehen; die immer dieſelbe bleibt, wenn auch deren Glieder ganz oder zum Theil ſich verändern, ja ſie beſtehet noch, wäre auch die Anzahl der Glieder bis

62) VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 36.

bis auf eine einzige Perſon vermindert worden [63]). Die Hervorbringung einer ſolchen moraliſchen Perſon iſt nur ein Werk des bürgerlichen Geſetzgebers [64]). Das römiſche Recht ſowohl als auch das teutſche legt dieſes Recht dergeſtalt dem Regenten und höchſten Geſetzgeber im Staate bey, daß es den Unterthanen als eine unerlaubte und ſtrafbare Handlung zugerechnet wird, wenn ſie ſich unterfangen, eine moraliſche Perſon zu gründen, welche von dem Geſetzgeber nicht ausdrücklich dafür iſt erklärt worden [65]). Und dieſe ausdrückliche Erklärung des Regenten iſt eben die **Beſtätigung**, wodurch ſich eine Univerſität oder Gemeinheit von einer jeden andern Geſellſchaft unterſcheidet, und wodurch ihr zugleich die Fähigkeit beygelegt wird, bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten im Staate zu erwerben [66]).

Da eine Perſonen-Gemeinheit immer eine beſtimmte geſellſchaftliche Verbindung mehrerer Menſchen voraus

ſetzt,

63) *L. 7. §. 2. D. Quod cuiusq. univerſ. nomine.*

64) Weder hohe Juſtizcollegien, noch Unterobrigkeiten dürfen ſich alſo ein ſolches Recht, Gemeinheiten zu beſtätigen, anmaſſen, wenn es ihnen nicht ausdrücklich vom Landesherrn ertheilet worden iſt. BERGER Oecon. iur. Lib. I. Tit. I. §. 18. n. 2. LEYSER Spec. DLIX. in fin. Coroll. 2. Dem Landesherrn kommt dieſes Recht vermöge ſeiner oberaufſehenden Gewalt zu. S. Hofr. **Schnauberts** Reichsſtändiſches Staatsrecht §. 238. u. 242.

65) *L. 1. L. 3. §. 1. D. de collegiis et corporib.* Dies mag auch wohl die Urſache ſeyn, warum die Lehre **von Gemeinheiten und Collegien** unter diejenigen Titel der Pandecten gebracht worden iſt, die von Verbrechen handeln.

66) Die Lehre von den **moraliſchen Perſonen** hat am beſten Herr Prof. **Woltär** in den Grundſätzen der Rechtsgelehrſamkeit (Halle 1785. 8.) zwot. Abſchn. S. 215. u. folgg. abgehandelt.

ſetzt, die vom Landesherrn zu Erreichung eines gemeinſchaftlichen Endzwecks iſt beſtätiget, oder geſtiftet worden; ſo giebt es nun ſo mancherley Gattungen ſolcher moraliſcher Perſonen, ſo verſchieden dieſe geſellſchaftliche Verbindungen unter den Menſchen in Abſicht ihres Endzwecks, ihrer Mitglieder und ihrer innern Verfaſſung seyn können. Der Zweck, wozu Collegien oder Gemeinheiten geſtiftet ſind, kann entweder ein geiſtlicher, — Gottesverehrung, oder ein weltlicher ſeyn, der auf die Regierung des Staats, oder auf die Erleichterung gewiſſer Erwerbungsmittel, oder auf die Beförderung eines andern Nutzens, abzielt; im erſten Fall werden ſie kirchliche oder religiöſe [67]), z. B. Kirchen, Stifter, Klöſter; im zweyten aber weltliche Gemeinheiten oder Collegien genennt, z. B. Landesregierungen, Städte, Dörfer, Innungen und Zünfte der Handwerker ꝛc. Schulen und Academien werden jedoch bekannten Rechten nach zu denen univerſitatibus eccleſiaſticis, auch ſelbſt unter den Proteſtanten gerechnet; auf was für Gründen aber dieſe Einrichtung beruhet, dieſes auseinander zu ſetzen, gehört nicht hierher [68]). Ferner unterſcheiden ſich univerſitates perſonarum auch in Anſehung ihrer Glieder von einander, je nachdem dieſe entweder individual- oder moraliſche Perſonen ſind. Im erſtern Fall werden ſie Collegien; im zweyten aber Corpora im eigentlichen Verſtande genennt. Mehrere

 Collegia

67) Daß in den kanoniſchen Rechten univerſitates eccleſiaſticae, und congregationes religioſae von einander verſchieden ſind, iſt bekannt, denn letztere haben ein religiöſes Ordensleben zum Endzweck. S. G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. III. S. 309.

68) S. G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. III. Tit. 6. §. 455. u. 456.

Collegia zuſammen, welche in einer gewiſſen Verbindung ſtehen, machen alſo ein Corpus aus. Z. B. eine Academie [69]). Endlich nach dem Unterſchied ihrer innern Verfaſſung ſind Univerſitäten entweder von der Art, daß einige Mitglieder eine mit Zwangsrechten verſehene Direction und Gerichtsbarkeit über die andern haben, oder nicht. Erſtere werden *univerſitates ordinatae*, auch Staatsgeſellſchaften genennt, z. B. Städte, Capittel, Academien [70]).

§. 89.

Rechte einer Univerſität. Begriff und verſchiedene Gattungen der Statuten.

Gemeinheiten, als moraliſche Perſonen betrachtet, haben nun ihre Rechte und Verbindlichkeiten, wie andere Menſchen; ja ſo lange in Rückſicht auf die Arten der Rechte, welche Menſchen erwerben können, die Geſetze keinen Unterſchied zwiſchen einer moraliſchen Perſon und einen individuellen Menſchen machen, ſo lange iſt eine moraliſche Perſon auch gleicher Rechte fähig, wenn nur das Recht, von deſſen Erwerbungsfähigkeit die Rede iſt, nicht von der Natur iſt, daß es ſchlechterdings nur von dem Menſchen, der es erworben, in eigner Perſon muß ausgeübt werden. Denn ſo kann z. B. eine moraliſche Perſon

69) STRYCK Uſ. mod. Pandectar. Lib. XLVII. Tit. 22. §. 1. ſagt: CORPUS *a* COLLEGIO *ita diſtinguitur, quod illud ſit coniunctio plurium diverſorum collegiorum.* Jedoch werden die Worte Collegium und corpus auch oft für Eins genommen. *L.* 10. *§.* 1. *D. de vacat. mun. L. penult. §.* 12. *D. de iure immunit. L.* 1. *D. quod cuiusq. univ. nom.*

70) Andere Begriffe verbindet mit dieſen Benennungen Herr Geh. R. NETTELBLADT Syſtem. elem. iurispr. poſ. Germ. gen. Lib. II. Sect. I. Tit. I. §. 849. u. folg.

Perſon keine elterliche Gewalt erwerben, auch kein Teſtament oder Codicill machen [71]). Die Rechte einer Univerſität laſſen ſich übrigens ſehr gut in zwey Hauptclaſſen eintheilen. Einige flieſſen aus der Natur und Zweck der Geſellſchaft her, und ſtehen alſo einer jeden Univerſität, qua tali, nach Masgabe ihres Endzwecks ſchon von ſelbſt zu, ohne daß eine beſondere Erwerbung vonnöthen iſt; dieſe werden Geſellſchaftsrechte, von andern auch Collegialrechte genennt; und verhalten ſich als Mittel zur Erreichung des gemeinſchaftlichen Endzwecks der Univerſität. Andere Rechte haben ihren Grund in einer beſondern Conceſſion der Geſetze, oder des Regenten, oder ſie ſind durch einen beſondern Rechtstitel erworben. Zu dieſen gehört, daß Univerſitäten die Rechte der Pupillen und Minderjährigen haben, und ihnen daher, wie dieſen, bey erweißlicher Läſion die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu ſtatten kommt [72]). Auch können, wenigſtens nach dem neuern römiſchen Recht, erlaubte Gemeinheiten zu Erben eingeſetzet, oder ihnen ſonſt etwas vermacht werden [73]). Ja es erlauben ſogar die Geſetze, daß eine moraliſche Perſon ſolche Rechte erwerben könne, welche einem Menſchen

71) S. Woltär a. a. O. §. 176. S. 224. u. folgg.

72) *L.* 22. *§.* 2. *D. L.* 4. *C. ex quib. cauſ. maior. in int. reſt. L.* 3. *C. de iure reipubl. cap.* 1. und 3. *X. de reſtitut. in integr.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. LIV. m. 3. NETTELBLADT a. a. O. §. 869.

73) *L.* 12. *C. de hered. inſtit. L.* 2. u. *L.* 20 *D. de reb. dub.* Ehemals gieng dieſes nicht an. Warum? werde ich zu ſeiner Zeit ſagen. S. HEINECCIUS de collegiis et corpor. opificum. Cap. I. §. 27. u. folgg. in Opuſc. var. S. 412. u. folgg. und Weſtphal Theorie des röm. Rechts von Teſtamenten. Kap. III. §. 145. u. folgg. S. 107.

ſchen nur auf die Zeit ſeines Lebens zugeſtanden werden, und nach deſſen Tode wieder zurückfallen. Nur verordnen ſie zu gleicher Zeit, daß wenn eine moraliſche Perſon dergleichen Rechte erworben haben ſollte, ſolche denn eben ſo nach Ablauf von hundert Jahren zurückfallen ſollen, wie ſie würden mit dem Tode eines Menſchen zurückgefallen ſeyn, der ſie erworben hatte [74]). Auſſerdem hängt es von dem Willkühr des Geſetzgebers ab, in wie weit er die von ihm beſtätigte oder geſtiftete Gemeinheit der Erwerbung bürgerlicher Rechte in ſeinem Staate fähig erklären, oder welchen Stand und welche Rechte er ihr ſonſt beylegen wolle [75]). So viel nun insonderheit die Geſellſchaftsrechte einer Gemeinheit anbetrift, ſo gehören dahin vorzüglich folgende:

1) Das Recht, ein eigenthümliches Vermögen zu erwerben, und eine gemeinſchaftliche Caſſe zu haben [76]), woraus die zu Unterhaltung derſelben erforderlichen Koſten beſtritten werden können. Hiermit iſt auch das Recht die zu Verwaltung dieſer Gemeinheitsgüter nöthige Adminiſtratoren zu beſtellen [77]), verbunden.

2) Das

74) *L. 56. D. de uſufructu.* L. 8. D. de Vſufr. legat. In beyden Geſetzſtellen wird zum Grunde angeführt: quia is finis vitae longaevi hominis eſt. S. WESTPHAL de libert. et ſervit. praed. S. 659.

75) Woltär a. a. O. §. 173. S. 219.

76) *L. 1. §. 1. D. Quod cuiusque univ. nom.*

77) Zwiſchen dieſen Adminiſtratoren und der moraliſchen Perſon ſelbſt tritt eben dasjenige rechtliche Verhältniß mit allen daraus fließenden Folgen ein, welches zwiſchen Vormündern und Pupillen oder Minderjährigen obwaltet. *Clement. 2. de domib. religios.* G. L. BOEHMER Princip. iur. canon Lib. III. Sect. V. Tit. VIII. §. 629. Woltär a. a. O. §. 180. S. 233. u. folg.

2) Das Recht, Vorſteher und andere zur Betreibung der geſellſchaftlichen Angelegenheiten nöthige Bediente, (officiales univerſitatis,) inſonderheit zur Führung ihrer gemeinſchaftlichen Proceſſe einen Anwalt oder Syndicum zu beſtellen; wovon Lib. III. Tit. 4. ein mehreres [78]).

3) Das Recht eines Gemein-Siegels ſtehet eigentlich nur ordinirten Univerſitäten und Collegien zu [79]). Zünfte aber können ein ſolches ohne abſonderliche landesherrliche Bewilligung nicht führen, in ſofern es nicht etwa ſchon bey Einrichtung einer Zunft ertheilet worden iſt [80]).

4) Das Recht, Statuten zu errichten [81]).

78) *L. 1. §. 1. D. quod cuiusq. univ. nom.*

79) S. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. de iure et auctoritate ſigilli authentici. Halae 1742. GOSSEL de ſigillis univerſitat. Lipſ. 1750.

80) Joh. Fried. Chriſtoph Weiſſer Recht der Handwerker. (Stutgardt 1780. 8.) 3. Abſchn. §. 29.

81) *L. 4. D. de Colleg. et Corporib.* Sodales ſunt, qui eiusdem collegii ſunt. His autem poteſtatem facit lex, pactionem, quam velint, ſibi ferre: dum ne quid ex publica Lege corrumpant. In den folgenden Worten wird dieſes Geſetz aus den Geſetzen des Solons hergeleitet, welches aber ganz unnöthig war, indem jede im Staat erlaubte Geſellſchaft ſchon an ſich das Recht hat, die Mittel zur Erhaltung ihres Endzwecks zu verabreden, ſich deswegen zu vergleichen, und dieſelbe durch einen Geſellſchaftsvertrag feſtzuſetzen. S. *Zach.* HUBER Diſſ. de Legibus Solonis, quas recitat Gaius lib. IV. ad Leg. XII. Tabular. Cap. II. in *Diſſertat. iurid. et philolog. (Franequerae* 1703. 4.) P. I. S. 281. u. folgg.

Von dieſen wird nun noch inſonderheit zu handeln ſeyn [82]). Was ſind denn aber **Statuten** der Gemeinheiten? Ueberhaupt verſtehet man darunter die verbindlichen Regeln einer Perſonen-Gemeinheit, z. B. einer Stadt, eines Stifts u. dgl. Dieſe können von zweyerley Art ſeyn. Entweder ſolche, die unter den Gliedern einer Gemeinheit **vertragsweiſe** ſind errichtet worden, und alſo nur als **Verträge** verbinden; oder ſolche, die als **Geſetze** in der Gemeinheit promulgirt worden, und als **Geſetze** verbinden. Erſtere werden *ſtatuta conventionalia, iure collegiali condita*; letztere aber *ſtatuta legalia* genennt. Dieſe können entweder vom Regenten ſelbſt in und für eine Gemeinheit promulgirt worden ſeyn; denn es iſt nichts ungewöhnliches, ſolche particuläre Landesordnungen *Statuta*, **Stadtgeſetze** zu nennen [83]). Oder es kann ſeyn, daß der Regent die geſetzgebliche Gewalt einer Gemeinheit auf eine von ihm abhängige Weiſe in einem gewiſſen Bezirk des Staats verliehen hat. Was ſodann dieſelbe vermöge dieſer Gewalt verordnet, iſt eigentliches Geſetz, und ob es gleich in der Geſtalt, wie ein Gemeindsvertrag z. B. durch die Mehrheit der Stimmen zu Stande kommt, ſo gehört dies dennoch blos zu der Art, wie die geſetzgebliche Gewalt von

der

82) Unter den vielen Schriften, welche von **Statuten** handeln, verdienen vorzüglich empfohlen zu werden: *Paul* VOET de ſtatutis eorumque concurſu. Amſtelod. 1661. 12. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Lib. I. Tit. IV. P. II. *Chriſt. Gottl.* RICCIUS Entwurf von Stadtgeſetzen oder Statutis.. Frankf. u. Leipz. 1740. 4. *Io. Otto* LUTTERLOH Diſſ. de ſtatutis collegiorum opificum. Goett. 1759. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. Lib. I. Cap. III. Tit. 3. S. 105. u. folg.

83) Cammergerichts-Ordn. P. I. T. 3. §. 1. Reichshofr. Ordnung Tit. I. §. 15. R. R. A. §. 105.

der Gemeinheit ausgeübt wird, ändert aber die Natur der geſetzlichen Vorſchrift keinesweges [84]).

Eine ſehr gewöhnliche Bedeutung iſt ferner diejenige, da man die Stadtrechte, welche mit oberherrlicher Genehmigung ſind errichtet worden, *ſtatuta* nennt. Dieſe werden auch mit den Namen Willkühr, Weichbild, oder Marck-Recht beleget [85]). Hier verſtehet unſer Autor unter Statuten dasjenige Recht, ſo unter den Mitgliedern einer gewiſſen Gemeinheit oder eines Collegiums vermittelſt eines Vertrags iſt feſtgeſetzt worden. Statuten in dieſer letztern Bedeutung gelten eigentlich und an ſich nur wie Verträge, ſie erhalten jedoch eine geſetzliche Auctorität, wenn ſie vom Landesherrn beſtättiget worden ſind.

§. 90.

Gültigkeit der Statuten.

Sollen Statuten gelten, welche durch einen Geſellſchaftsvertrag errichtet worden ſind, ſo wird dazu erfordert,

1) daß der Gegenſtand derſelben ein ſolcher ſey, welcher Gemeinde- oder Geſellſchaftsſachen betrift. Sonſt tritt die Gemeinheit aus den Schranken ihrer Geſellſchaftsgewalt. Was nun aber Gemeinde-Sachen ſind, iſt theils aus dem Endzweck der Gemeinheit, theils aus der

 Natur

84) S. Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. I. Th. N. V. §. 2. S. 62. u. folgg.

85) RICCIUS a. a. O. 1. Buch 1. Hauptſt. §. VII. u. folgg. C. U. GRUPEN Diſſert. de civitatum forma, vulgo Weichbild. Hanover. 1758. 4. Weſtphals teutſches Privatrecht. 1. Theil. 2. Abhandl. S. 28. u. folgg.

Natur anderer von ihr erworbenen Gerechtſame zu beſtimmen [86]). Denn man ſetze, daß der Gemeinheit oder dem Collegio die Gerichtsbarkeit, oder Episcopal-Rechte zuſtehen, ſo ſind auch Sachen, welche die Ausübung derſelben betreffen, unſtreitig für Gemeinde-Sachen zu halten. Gleichwie nun aber alle im Staat gebilligte Geſellſchaften der Majeſtät und Hoheit des Staats unterworfen ſind, ſo dürfen demnach

2) dergleichen Geſellſchaftsverträge nicht gegen ausdrücklich und ſchlechterdings gebietende Geſetze des Regenten ſtreiten, oder ſonſt dem gemeinen Wohl nachtheilig ſeyn. In einem ſolchen Falle iſt die beſondere Beſtättigung des Landesherrn ſchlechterdings erforderlich, wenn gleich die Gemeinheit durch ein ausdrückliches Privilegium das ius ſtatuendi erhalten hätte [87]). Denn es läßt ſich mit Vernunft nicht annehmen, daß der Landesherr durch ein ſolches Privilegium ſich ſeiner geſetzgebenden Macht, als des höchſten Majeſtätsrechts, habe entäuſſern, und eine ganze Gemeinde von dem Gehorſam gegen landesherrliche Befehle diſpenſiren, oder die Befolgung ſeiner Geſetze ihrem Willkühr überlaſſen wollen [88]). Sind jedoch Staatsgeſetze nicht dergeſtalt gebietend oder verbietend, ſondern in dieſem Betracht blos hypothetiſch, ſo kann

86) Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Fürſtenrechte. I. Th. N. V. §. 3.

87) Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts. §. 25. S. 88. u. folgg.

88) Mit Recht ſagt *I. H.* BOEHMER Introduct. in ius publicum univerſ. S. 401. der gleiche Meinung begt; *poteſtas talis conceſſa ſemper intelligitur* SALVO IURE IMPERANTIS, *cui eſt ſubordinata.*

kann einer Gemeinheit das Recht, durch Verträge etwas von denenſelben abweichendes feſtzuſetzen, um ſo weniger verſagt werden, als dieſe Befugniß ſogar einzelnen Bürgern des Staats zuſtehet. Da jedoch Verträge eigentlich und in der Regel nur die Paciscenten verbinden, die ſie ſchlieſſen, aber keinen Dritten, ſo folgt hieraus,

3) daß durch die Statuten, welche nichts anders als Verträge ſind, Niemand als die Mitglieder der Gemeinheit, ſo dieſelben errichtet, oder doch in dieſelben eingewilliget haben, verbunden werden. Sie erſtrecken alſo ihre Verbindlichkeit nicht auf die forenſes, die keine Gemeindegliederſind; es wäre denn, daß durch einen Gemeindeſchluß ſolche Rechte und Verbindlichkeiten wären feſtgeſetzt worden, welche blos Grundſtücke betreffen; z. B. wenn vermöge eines ſolchen Geſellſchaftsvertrags die Koſten zur Beſtreitung der Gemeindeausgaben unter dem Namen, Anlagen, auf die Häuſer und Grundſtücke in der Gemeinde ausgeſchlagen worden; ſo müſſen ſich ſolche Laſten auch Fremde gefallen laſſen, welche dergleichen Güter, auf denen ſie haften, acquiriren [89]). Auſſerdem wird kein Dritter, der nicht Mitglied der Geſellſchaft iſt, durch das Statutum einer Gemeinheit verbunden. Wir reden jedoch blos von conventionellen Statuten.

89) Eben dies beſtärkt auch *L. 67. D. de contrah. emt. et vendit.* Alienatio cum fit, *cum ſua cauſa* dominium ad alium transferimus, quae eſſet futura, ſi apud nos ea res manſiſſet. CAUSA zeigt hier die ganze Beſchaffenheit der Sache an, und werden darunter nicht nur die auf der Sache ruhende Beſchwerungen, ſondern auch zugleich die bey der Sache zu ziehenden Vortheile verſtanden. S. Weſtphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinskontract (Leipzig 1789) 1. Th. 1. Hauptſt. 4. Kap. §. 115. S. 99.

ten. Bey ſolchen Statuten, die eine geſetzliche Auctorität erlangt haben, iſt es freylich anders. Denn durch dieſe werden nicht blos die Mitglieder der Gemeinde ſelbſt, ſondern auch andere, welche in dem Bezirke, worin der Gemeinheit die geſetzgebende Gewalt zuſtehet, ſich aufhalten, verbindlich gemacht. Stadtgeſetze (ſtatuta legalia) verbinden daher nicht nur diejenigen, welche wirklich Bürger ſind, ſondern auch die, welche in der Stadt ihren Wohnſitz haben, und die Vorſtädter [90]). Da die Befugniß gewiſſe Statuten zu machen, eine Gemeinheit nothwendig auch berechtiget, darüber zu halten, und gewiſſe äuſſere Motive zu beſtimmen, welche die Mitglieder zur Beobachtung derſelben antreiben können; So kann ferner

4) einer Gemeinheit das Recht, mit der Uebertretung ihrer Statuten gewiſſe Strafen zu verknüpfen, um ſo weniger verſagt werden, je bekannter es iſt, daß auch Paciscenten ſich zu einer conventional Strafe verpflichten können, wenn wider den Vertrag, welchen ſie geſchloſſen haben, gehandelt werden ſollte. Nur müſſen dieſe Conventional-Strafen freylich ſo beſchaffen ſeyn, daß ſie mit dem Endzwecke und der Beſchaffenheit der Geſellſchaft übereinkommen, und hierdurch kein Eingriff in die Majeſtätsrechte geſchehe. Und dieſes Recht, gewiſſe geſellſchaftliche Strafen zu beſtimmen, ziehet auch

5) die Gewalt nach ſich, ſolche denen Uebertretern aufzulegen, und die in dem Endzweck der Geſellſchaft einſchlagende Handlungen nach der feſtgeſetzten Regel der Statu-

90) S. *Chriſt. Heinr.* BREUNING quaeſt. iur. controv. an iura urbium ſtatutaria obligent incolas municipiorum. Lipſiae 1773. *Paul. Wilh.* SCHMIDT Diſſ. de ſtatutis civitatum, quatenus incolas ſuburbiorum obligent. Ienae 1755.

Statuten zu beurtheilen. Man will dieſes Geſellſchaftsrecht mit dem Namen einer Conventional-Gerichtsbarkeit belegen, doch immer nur in uneigentlichen Verſtande, indem, wenn Gewalt zu brauchen nöthig iſt, die Hülfe der Obrigkeit angerufen werden muß. Ein anders wäre es, wenn einer Gemeinheit die ordentliche Gerichtsbarkeit als ein beſonderes Recht verliehen worden. Endlich iſt

6) noch dieſes zu bemerken, das Gemeindeſchluſſe, ſie mögen hernach den Schein der Billigkeit vor oder wider ſich haben, ſchlechthin zu befolgen, und unter dem Vorwand einer Unbilligkeit von einzelnen Gemeindegliedern nicht umgeſtoſſen werden können, da ſie eines Theils einer freywilligen Zuſammentretung und Uebereinſtimmung der Gemeindeglieder ihren Urſprung zu danken haben, andern Theils aber auch eine Gemeinde die Vermuthung für ſich hat, daß ſie zu Abfaſſung eines Schluſſes aus hinlänglichen Gründen geſchritten ſeyn werde [91]).

§. 91.

Von Errichtung der Gemeindeſchlüſſe.

Vor allen Dingen kommt es jedoch bey der Frage, ob Statuten gültig und verbindlich ſind, auf die Art ihrer Errichtung an. Iſt dieſe durch beſondere Grundgeſetze, oder durch Obſervanz feſtgeſetzt, ſo muß es dabey bleiben, und die in Gemäßheit derſelben abgefaßte Statuta ſind ſodann allerdings für die ganze Gemeinde verbindlich, wenn ſie auch nicht einzeln darein gewilliget haben ſollte. So z. B. ſtehet oft dem Stadtmagiſtrat in den Landſtädten das ius ſtatuendi vermöge eines landesherr-

91) S. gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. 3. Band N. V. S. 57. u. folgg.

herrlichen Privilegiums, oder vermöge eines ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Vertrags mit der Bürgerſchaft zu [92]); und es kommt alsdann weiter auf die Obſervanz an, ob er dieſes Recht allein, oder anders nicht als mit Zuziehung einiger Deputirten von der Bürgerſchaft ausüben könne [93]). Im Fall nun aber wegen der Art, wie die Statuten in einer Gemeinde zu errichten, keine beſondere Einrichtung vorhanden iſt, muß die Vorſchrift des gemeinen Rechts zur Richtſchnur genommen werden. Nach dieſer wird nun zur geſetzmäſigen Errichtung der Statuten folgendes erfordert:

1) Es müſſen alle Mitglieder der Gemeinheit, oder des Collegiums auf die darin hergebrachte Weiſe zuſammen berufen werden. Auch Unmündige und Minderjährige mit ihren Vormündern. Von dieſen müſſen

2) wenigſtens zwey Drittel erſcheinen; und endlich muß

3) der gröſte Theil der Anweſenden in den Gemeinbeſchluß, oder das zu errichtende Statut einwilligen [94]). Was alſo auf ſolche Art durch die Mehrheit der Stimmen beſchloſſen worden iſt, wird als ein einſtimmiger Gemeindeſchluß angeſehen, welchen ſich auch diejenigen, die den kleinſten Theil ausmachen, gefallen laſſen müſſen [95]). Der Vorwand, daß ihre Meinung der mora-

92) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. X. m. 6. Auſſerdem iſt der Magiſtrat einer Landſtadt nicht befugt, der Bürgerſchaft ohne ihre Einwilligung Statuten aufzubürden. Vergleiche Leyſer Medit. ad Pandect. Spec. VIII. med. 7.

93) HOFACKER Princ. iur. civ. rom. germ. T. I. §. 135. in fin. Riccius von Stadtgeſetzen. II. Buch. 3. Kap. §. 20. S. 354.

94) Riccius a. a. O. II. Buch. 6. Hauptſt. §. 3. S. 406.

95) *L. 19. D. ad municipal. L. 160. §. 1. D. de Reg. Iuris.*

moraliſchen Perſon vortheilhafter ſey, als die Meinung der entgegengeſetzten Majorität, (vota minoris partis ſaniora eſſe) kann weder die Ausführung des durch die Mehrheit der Stimmen gefaßten Schlußes hindern, noch die Minorität berechtigen, das durch die Stimmen des grössern Theils beliebte, als von ihnen nicht beliebt, nicht zu beobachten [96]). Denn nicht zu gedenken, daß es ſchwer zu beurtheilen, noch ſchwerer aber zu beweiſen iſt, quae vota ſaniora ſint, ſo hat doch immer im Zweifel der gröſſere Theil die Vermuthung für ſich [97]). Sollte es an einem oder dem andern der oben angeführten Erforderniſſe ermangeln, ſo verbinden ſolche Statuten nur allenfalls diejenigen, welche darein gewilliget haben, die nicht convocirten Mitglieder aber ſind daran nicht gebunden, geſetzt auch, daß des Oberherrn Beſtättigung dazu gekommen wäre [98]).

§. 92.

In welchen Fällen die landesherrliche Beſtättigung zur Gültigkeit der Statuten erforderlich ſey?

Statuten, welche auf die im vorigen Paragraph beſchriebene Art errichtet worden, und nur die Gemeindeglieder vertragsweiß verbinden, bedürfen eigentlich an und vor

96) REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaei deciſ. Vol. I. Obſervat. 9. In Religions- und ſolchen Sachen, welche iura ſingulorum betreffen, überwiegt jedoch die Mehrheit der Stimmen des größern Theils den kleinern nicht. *Inſtrum. Pac. Osnabr. Art. V. §. 9. et 52. Cap.* 29. *de R. I. in 6to.* S. WESTPHAL Tr. de iure ſingulorum. Halae 1757.

97) REINHARTH ad Chriſtinaeum. Vol. I. Obſ. 39. n. 7.

98) a WERNHER ſel. Obſ. for. P. IX. Obſ. 145. n. 2. LEYSER Spec. IIX. m. 1. RICCIUS a. a. O. §. 3. S. 406.

vor ſich, ſo wenig, als Verträge, der landesherrlichen Beſtättigung zu ihrer Gültigkeit. Nichts deſtoweniger aber iſt dennoch jede im Statt erlaubte Geſellſchaft auch in Anſehung ihrer Vertrags-Statuten der oberaufſehenden Gewalt des Landesherrn unterworfen. Vermöge dieſer Unterwürfigkeit ſind daher Gemeinheiten ſchuldig, ihre Statuten der landesherrlichen Einſicht erforderlichen Falls vorzulegen, um zu ſehen, ob dieſelben auch etwas, ſo denen Rechten des Landesherrn und dem gemeinen Weſen nachtheilig iſt, enthalten. Ohne landesherrliche Confirmation gelten indes Statuten nur als Verträge [99]). Sollen ſie daher eine geſetzliche Auctorität bekommen, und auch in Anſehung anderer gelten und verbinden, die eigentlich keine Mitglieder der Gemeinheit ſind; ſo iſt die oberherrliche Beſtättigung ſchlechterdings erforderlich [100]).

Die-

99) Eben dieſes gilt auch von den Statuten der landſäſſigen Stàdte. S. RICCIUS a. a. O. 2. Buch. 6. Hauptſt. §. 2. Und in ſo weit hat LEYSER ſpec. VIII. m. 2—6. recht, wenn er denen Stàdten dieß Befugniß, auch ohne beſondere landesherrliche Conceſſion und Confirmation Statuten zu machen, geſtatten will. Denn die von ihm angeführten Gründe paſſen blos auf conventional Statuten. Mit dieſen dürfen aber nicht eigentliche Stadtgeſetze verwechſelt werden; ſolche erfordern allemal die landesherrliche Conceſſion oder Confirmation, denn an ſich ſtehet den landſäſſigen Stàdten keine Macht, Geſetze zu geben, zu. S. Hofr. Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrechte I. Th. N. V. S. 61. und folg. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. X. med. 2. u. folgg. Letzterer gehet jedoch hierin zu weit, wie Hr. Reg. Rath Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts I. Th. S. 433. gründlich gezeigt hat.

100) S. Struben rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 62. z. B. wenn Fremde durch das Statut vom Gebrauch eines gemein zuſtändigen Rechts ausgeſchloſſen werden ſollen. LYNCKER Reſp. II. 24. von Cramer Nebenſtunden P. LXXIX. N. V.

Dieſe iſt aber auch ſodann vonnöthen, wenn durch dieſelben etwas abgeändert werden ſoll, was in den Geſetzen durchaus und ſchlechterdings geboten oder verboten iſt [1]); oder ein gewiſſes Reichs- oder Landesgeſetz vorhanden iſt, vermöge deſſen die Statuten einer gewiſſen Gemeinheit anders nicht gültig ſeyn ſollen, als wenn ſie von der Landes- oder wenigſtens der dazu berechtigten Ortsobrigkeit beſtätiget worden ſind [2]). Daß die Beſtätigung ausdrücklich geſchehe, iſt nicht im jeden Fall erforderlich, es kann dieſelbe auch ſtillſchweigend ertheilet werden [3]); in welchem Falle, Statuten die Natur ungeſchriebener Geſetze haben, inſofern die Erforderniſſe rechtlicher Gewohnheiten vorhanden ſind [4]).

Zuletzt fügt unſer Autor noch den richtigen Satz hinzu, daß Statuten auf gewiſſe Art auch auſſer dem Territorium desienigen Landesherrn, von welchem ſie genehmiget worden ſind, ihre rechtliche Wirkung äuſſern können. Es läuft jedoch dieſes auf diejenige Grundſätze hinaus, die ich ſchon oben im Titel de origine iuris

§. 74.

1) Ohne landesherrliche Confirmation haben dergleichen Statuten nicht einmahl die Kraft eines gültigen Vertrags. S. REINHARTH ad Chriſtinaeum. Vol. II. Obſ. 8. S. 11.

2) Ein Beyſpiel davon giebt uns der Reichsſchluß wegen der Handwerksmißbräuche vom Jahr 1731. §. 1. vermöge welchen Handwerksartikel ohne Confirmation ſchlechterdings nicht gelten ſollen.

3) *Lud.* MENCKEN Diſſ. de ſtatutor. confirmator. auctoritate. BREUNING de iure ſtatutor. non confirmator. Frick Grundſätze des Rechts der Handwerker §. 11.

4) HOMMEL Rhapſod. Qu. 155. HARTLEBEN Spec. X. m. 4. S. 179.

§. 74. und den folgenden Paragraphen von der Colliſion teutſcher Particulargeſetze vorgetragen habe. Aus dieſen ergiebt ſich,

I) daß Statuten, welche blos die Perſon ihrer Bürger und Gemeindeglieder betreffen, ihren Zuſtand, und die davon abhängende Fähigkeit oder Unfähigkeit zu contrahiren, und zu diſponiren, beſtimmen, bey denenſelben, auch wenn ſie ſich auſſer Landes befinden, als Normen anzuwenden ſind. Denn diejenige Qualität, welche die Geſetze des Domiciliums einer Perſon geben, iſt überall geltend, ſo lang dieſelbe ihren Wohnſitz nicht verändert. Man pflegt dergleichen Statuten *ſtatuta perſonalia* zu nennen. Wer alſo nach den Statuten ſeines Wohnorts eine Infamie contrahirt hat, oder für Mündig oder Unmündig zu halten, trägt dieſe Eigenſchaft überall mit ſich herum. Es kann auch die den Bürgern und Einwohnern eines Orts nach ihren Statuten anklebende Qualität in einem fremden Lande ſogar in Anſehung derer daſelbſt gelegenen Güter wirken, inſofern nämlich derſelben kein eigenes Statut daſelbſt entgegen ſtehet. Z. B. wenn ein Sohn oder Tochter nach denen Statuten ihres Wohnorts ſui iuris werden, ſo genießet derſelben Vater nicht weiter die Nutzung ihres Vermögens, auch nicht einmahl in Anſehung der unter einer fremden Landesobrigkeit gelegenen Güter [5]).

II) Wenn Statuten aber nur lediglich die Güter der Gemeindeglieder betreffen, ohne Rückſicht auf die Perſon ihrer Beſitzer, (*Statuta realia*) ſo haben ſolche zwar

5) RICCIUS a. a. O. 2. Buchs 14. Hauptſt. *Io. Sam. Frid.* BOEHMER D. de efficacia ſtatuti perſonalis extra territorium. Frfti 1756. Einer andern Meinung iſt VOET ad Dig. Lib. I. Tit. IV. P. 2. §. 5. und folgg.

zwar inſofern, als ſie ihre geſetzliche Auctorität von demjenigen Landesherrn erhalten haben, in deſſen Lande die Eigenthümer derſelben wohnen, in Anſehung der auſſerhalb Landes gelegenen Güter ſolcher Unterthanen keine Wirkung; der Unterthan wird daher unſtreitig ſeine auſſer Landes gelegene Güter unverletzt behalten, wenn derſelbe auch nach dem ſtatutariſchen Recht ſeines Wohnorts ſein Vermögen, wegen begangenen Delicts, verwirkt haben ſollte [6]); auch wenn ſtatuta domicilii die Clauſel enthielten: die Güter mögen liegen, wo ſie wollen; ſo ſind ſie dennoch auſſer Landes ohne Wirkung, und kann hierdurch denen Statuten des Orts, wo dieſe Güter liegen, nicht derogirt werden [7]). Allein wenn ſolche Real-Statuten von der Obrigkeit desjenigen Landes ihre legale Auctorität erhalten haben, wo die Güter, welche ſie betreffen, liegen, ſo müſſen auch Auswärtige (forenſes), denen dieſe Güter zugehören, ſich nach denenſelben richten; inſofern von deren Veräuſſerlichkeit oder Unveräuſſerlichkeit, Freyheit oder Beläſtigung u. dgl. die Rede iſt [8]). Endlich

III) wenn Statuten eines Orts denen rechtlichen Geſchäften eine gewiſſe Form vorſchreiben, dergleichen man *ſtatuta mixta* zu nennen pflegt, oder ſonſt eine Hand-

6) RICCIUS a. a. O. II. Buch 16. Hauptſt. §. IX. S. 553.

7) RICCIUS a. a. O. §. VII. S. 551.

8) *Henr.* HILDEBRAND Diſp. de obligatione forenſium ex iure ſtatutario. Altorf. 1698. *Io. Frid.* KAYSER Diſquiſ. de obligatione et valore ſtatuti intuitu forenſium. Gieſſae 1746. (Der Autor hat den Titel dieſer Schrift unrichtig angegeben) und beſonders D. *Chriſt. Th.* ROEMER Diſſ. de efficacia ſtatutorum in res extra territorium ſitas, praeſ. *Car. Chriſtoph.* HOFACKER. Tübingae 1778.

lung für erlaubt und gültig erklären, ſo müſſen derglei- chen Handlungen, die in Gemäßheit derſelben an dem Orte vorgenommen worden ſind, auch auswärts für gültig und rechtsbeſtändig angeſehen werden, (S. 280. n. 2.) ſo wie es denn auch umgekehrt eben ſo richtig iſt, daß ein Geſchäft, welches die Erforderniſſe nicht hat, die es nach den Statuten des Orts, wo es vorgenommen worden, haben müßte, mithin in ſeiner Entſtehuug feh- lerhaft und zu Recht nicht beſtändig iſt, auch nirgend anderswo von einigem Werthe und Gültigkeit ſeyn kön- ne [9]). Betrifft jedoch die Handlung zugleich Güter, die auſſer Landes liegen, ſo müſſen auch die in loco rei ſitae geltende Statuten befolget werden, wenn daſelbſt die Handlung als gültig anerkannt werden ſoll; es wäre denn, daß dieſelben nicht ſchlechterdings gebietend wären, ſondern nur hypothetiſch diſponirten [10]). Daher es z. B. keinen Zweifel hat, daß wenn Eheleute nach den Statuten ihres Wohnorts eine allgemeine Gütergemein- ſchaft, es ſey nun durch einen ausdrücklichen oder ſtill- ſchweigenden Vertrag, mit einander errichtet, dieſelbe ſich auch auf die auſſer Landes belegene Güter allerdings erſtrecke [11]).

§. 93.

9) RICCIUS a. a. O. 2. Buch 15 Kap. §. 2. Pütter auser- leſene Rechtsfälle. 3. Bandes 1. Theil. S. 80.

10) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 143. S. 115.

11) G. L. BOEHMER Diſſ. de iurib. et obligat. coniugis ſuper- ſtit. ex commun. bon. univ. §. 10. HOFACKER Princip. iur. civ. a. a. O. §. 143. Einer andern Meinung iſt RICCIUS a. a. O. II. B. 17. Kap. §. V. S. 596.

§. 93.

Von der Veränderung poſitiver Geſetze.

Poſitive Geſetze können auf mancherley Art, und aus verſchiedenen Urſachen ihre Kraft verliehren. Hiervon muß nun noch kürzlich gehandelt werden.

I) Kann der Geſetzgeber ſelbſt entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklären, daß das Geſetz nicht mehr gelten ſolle. Denn von ſeinem Willen hängt die Gültigkeit deſſelben ab; und wenn auch dem Geſetz die Clauſel: daß es auf immer gelten, und nie wieder geändert oder gar aufgehoben werden ſolle, wäre angehänget worden [12]); ſo kann doch dadurch die Macht des Geſetzgebers im mindeſten nicht eingeſchränkt werden, inſofern er nicht etwa vermittelſt eines Vertrages ſolches verſprochen hätte [13]). Der Geſetzgeber hebt nun entweder das ganze Geſetz ſchlechthin auf, dies heißt in der Sprache der Geſetze, *lex abrogatur*; oder er verordnet etwas anders, ſo einem vorhergehenden Geſetz gerade entgegen iſt, — *legi obrogatur*; oder es wird ein vorhergehendes Geſetz durch ein nachher erfolgtes neues Geſetz nur in einem gewiſſen Puncte abgeändert, — *legi derogatur* ſeu *exrogatur*; oder es wird einem Geſetze noch etwas neues hinzugefügt, und ſolches mit einem neuen Anhange vermehrt, — *legi ſubrogatur* [14]). Wenn

12) Wir finden auch in verſchiedenen römiſchen Geſetzen dergleichen clauſulam derogatoriam. Z. B. *L. 6. C. de ſec. nupt.* Hac edictali Lege in perpetuum valitura ſancimus etc. Unter den teutſchen Reichsgeſetzen giebt uns die güldene Bulle ein Beiſpiel.

13) S. *Io. Nic.* HERTII Diſſ. de lege, clauſula, ut ne abrogari unquam poſſit, munita. in *Opuſc. Vol. I. Tom.* 3. S. 1—23. und GERSTLACHER Corp. iur. germ. T. I. S. 58.

14) ULPIANUS *Fragm. Tit. I. §.* 3. beym SCHULTING in Iurispr. Antejuſt. S. 563. *L.* 102. *D. de V. S.*

nun gleich der Regel nach das neuere Geſetz das ältere aufhebt [15]); ſo leidet doch dieſe Regel alsdann unſtreitig eine Ausnahme, wenn das ältere Geſetz ein beſonderes Geſetz, Statut, oder Privilegium iſt [16]); weil im Zweifel nie zu vermuthen, daß der Geſetzgeber jene beſondere Verordnung habe aufheben wollen, wenn er ſolches nicht deutlich erkläret hat [17]). Es wird alſo in dieſem Falle die neuere gemeine, und die ältere beſondere Verordnung nach eben dem Verhältniſſe, wie Regel und Ausnahme, zu beurtheilen ſeyn. (S. 406. und folg.)

Auch

15) *L. fin. D. de conſtitut. Princip.*

16) Richtig ſagt BOEHMER Introd. in ius Digeſtor. Tit. de Iuſt. et Iure §. 6. n. 4. *Leges poſteriores* GENERALES *non ſemper mutare illa, quae antea* IURE SPECIALI *diſpoſita, ſed inde exceptionem capere.* Eben dieſes erläutert Papinian *L.* 41. *D. de poenis* durch ein ſehr treffendes Beyſpiel, und gründet ſich dabey auf die Regel der *L.* 80. *D. de R. I.* In toto iure generi per ſpeciem derogatur, et illud potiſſimum habetur, quod ad ſpeciem directum eſt; welche *I. B. d'*ANTOINE in dem eleganten, nur wenigen bekannten, Werk: Les Regles du Droit civil, traduites en francois avec des explications et de commentaire ſur chaque regle, *a Lion* 1710. auf folgende Art ganz richtig überſetzt: *c'eſt une maxime generale en Droit, que l'eſpece deroge au genre, d'ou il arrive, que les diſpoſitions ſpeciales ſont des reſtrictions et des exceptions aux generales.* Daher läßt ſich nun auch erklären, wenn Paulus *L.* 26. und Tertullian *L.* 27. *D. de LL.* ſagen, es ſey nichts neues, *ut priores Leges ad poſteriores trahantur.* S. *Lud. God.* MADIHN Opuſc. I. viciſſit. ſubſtit. exemplar. eiusq. veram indol. continens. (Halae 1775. 4.) §. 15. und HARTLEBEN Spec. X. medit. 10.

17) *Cap.* 1. *de conſtitut. in 6to.*

Auch durch den ſtillſchweigenden Willen des Geſetzgebers kann ein Geſetz ſeine Gültigkeit verliehren, indem derſelbe eine dem Geſetz entgegenſtehende Gewohnheit aufkommen läſſet. Daß durch ein Gewohnheitsrecht ein älteres Geſetz aufgehoben werden könne, hat überhaupt keinen Zweifel, denn eine legale Gewohnheit hat mit einem geſchriebenen Geſetz gleiche Kraft und Wirkung. (S. 478.) So gut alſo durch ein neues geſchriebenes Geſetz ein älteres aufgehoben werden kann, eben ſo gut kann dies auch durch eine Gewohnheit geſchehen. Es beſtätigen dieſes auch deutliche Geſetzſtellen [18]), und nie würde wohl deshalb ein Zweifel entſtanden ſeyn, wenn nicht die Mißdeutung eines gewiſſen Geſetzes im Juſtinianiſchen Codex eine Veranlaſſung dazu gegeben hätte. Es iſt die *L. 2. C. quae ſit longa conſuet.* welche folgendergeſtalt lautet:

Imp. CONSTANTINUS A. ad *Proculum.*

Conſuetudinis uſusque longaevi non vilis auctoritas eſt: verum non usque adeo ſui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.

Ich will mich nicht auf die verſchiedenen Erklärungen der Rechtsgelehrten einlaſſen, ſondern meine Leſer deshalb auf die unten angezeigten Schriften verweiſen [19]). So viel iſt aber gewiß, daß jenes Geſetz unſerer

 obigen

18) *§.* II. *I. de iur. nat. gent. et civ.* *L.* 32. *§.* I. *D. de LL.*

19) S. *Gregor.* LOPEZ MADERA Animadverſ. iur. civ. cap. 5. *Ludov.* VITALIS variar. lection. Lib. II. c. 28. *Pet.* FABER Semeſtr. Lib. III. c. 22. DONELLUS Commentar. iur. civ. lib. I. c. 10. *M.* LYCKLAMA *à* NYHOLT Membranar. Lib. I. Eclog. 11. NOODT Comm. ad Digeſta h. t. T. II. Opp. p. 16. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. c. 1. *Ioſ.* FINESTRES

obigen Behauptung keineswegs zuwider ſey. Die L. 2. iſt ein kaiſerliches Reſcript, alſo auf eine ergangene Anfrage, ohne Zweifel eben desjenigen Proculus, erlaſſen worden, an welchen das Reſcript gerichtet iſt. Man muthmaſſet, dieſer Proculus, Proconſul Africae, auch wohl vielleicht noch Heide, habe bey der Gelegenheit, da er vom K. Conſtantin einige mandata erhalten, worinn derſelbe manches in der alten Religion der Römer reformiret, und das Volk ſich auf altes Herkommen und Gebrauch berufen, deshalb Bericht an den Kaiſer erſtattet, vielleicht in dem Tone, in welchem Symmachus, auch zu Gunſten der heidniſchen Religion, an die Kaiſere Valentinian, Theodoſius und Arcadius ſchrieb [20]. Iſt dieſes richtig, ſo war hier gar nicht die Frage, ob ein älteres Geſetz durch eine neuere rechtliche Gewohnheit aufgehoben werden könne? ſondern von dem umgekehrten Falle die Rede. Der Sinn des Reſcripts iſt alſo vielmehr dieſer; wenn gleich ſonſt eine alte Gewohnheit oder Gebrauch keine geringe Auctorität hat, ſo iſt doch dieſelbe nicht von einem ſolchen Gewicht, daß ſie gegen die Vernunft, und die geſetzliche Sanction etwas gelten könne, wodurch jene Gewohn-

STRES Hermogenian. Lib. I. S. 215. *Fr. Car.* CONRADI Diſſ. de conſuetudine legem haud vincente. Helmſt. 1745. *Henr. God.* BAUER Diſſ. de conciliatione L. 32. D. de LL. et L. 2. C. quae ſit longa conſuet. Lipſ. 1761. und AYRER Progr. de conſuetudine legem vincente. Goett. 1764.

20) *Lib. X. Ep.* 61. Dies iſt die Muthmaſſung *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. welche auch HEINECCIUS in Pandect. h. t. §. 105. not. annimmt; und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de longa Conſuet. noch mehr beſtätiget.

wohnheit, als vernunftwidrig, iſt aufgehoben worden [21]).

II) Können poſitive Geſetze unterweilen ſelbſt aus Nothwendigkeit ihre Gültigkeit verliehren, wenn die Umſtände ſich gänzlich geändert haben, unter welchen ein gewiſſes Geſetz gegeben worden iſt, ſo daß es nun ſchlechterdings keine Anwendung mehr finden kann [22]). Denn ſo gewiß es iſt, daß das Syſtem eines Staats und die Sitten eines Volks auf die Geſetzgebung ſelbſt einen wichtigen Einfluß haben, ſo gewiß iſt es auch, daß die Veränderungen des Staatsſyſtems und der Sitten eine Veränderung der Geſetze nach ſich ziehen müſſen [23]). Geſetze können daher nicht mehr gelten

1) wenn der Gegenſtand, nehmlich die Perſonen oder Sachen, von denen dieſelben reden, jetzt nicht mehr vorhanden ſind; oder

21) S. KEMMERICH de probat. Conſuetud. Sect. I. §. XIII. not. c.

22) Joh. Heinr. Eberhards Abhandlung von der Clauſula rebus ſic ſtantibus, und beſonders von deren Anwendung auf die teutſchen Reichsgeſetze; in deſſelben Beiträgen zur Erläuterung der teutſchen Rechte. 1. Th. N. I.

23) Vortreflich philoſophirt hierüber Sextus Caecilius beym GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XX. c. 1. — *Non profecto ignoras*, ſo ſagt dieſer röm. Juriſt, *legum opportunitates, et medelas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum praeſentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum eſt, fervoribus mutari atque flecti: neque uno ſtatu conſiſtere, quin, ut facies coeli ac maris, ita rerum atque fortunae tempeſtatibus, varientur.*

2) diejenige weſentliche Eigenſchaft der Perſon oder Sache, von welcher das Geſetz redet, verändert worden iſt, worauf die Sanction deſſelben, als ihrem Hauptgrunde beruhete. Gleichwie denn auch

3) keinem Zweifel unterworfen, daß wenn der Hauptzweck eines Geſetzes aufhört, nothwendig auch deſſen Verbindlichkeit ein Ende haben müſſe. Auf den Nebenzweck, ohne welchen die Gültigkeit des Geſetzes doch beſtehen kann, darf alſo keine Rückſicht genommen werden. Ueberhaupt iſt zu bemerken: wenn und inſoferne auch bey veränderten Umſtänden das Geſetz doch noch angewendet werden kann, ſo bleibt es inſofern gültig. Man vergleiche hierbey, was oben in dem Tit. *de origine iuris* §. 58. von dem heutigen Gebrauch des römiſchen Rechts geſagt worden iſt; die daſelbſt angeführten Beyſpiele können auch hier zur Erläuterung dienen.

Zuletzt bemerkt unſer Autor noch, daß durch den bloſen Nichtgebrauch (per ſolum non uſum) ein Geſetz ſeine Kraft und Gültigkeit keinesweges verliehre; welches auch ſeine Richtigkeit hat, weil das Geſetz ſeine Kraft durch die Promulgation, nicht aber durch die Beobachtung (per obſervantiam) erhält [24]. Wäre jedoch bey vorkommenden Fällen ein gewiſſes Geſetz ſchon lange nicht mehr befolget worden, da doch genugſame Gelegenheit zur Anwendung deſſelben vorhanden geweſen, und der Geſetzgeber hätte dieſen Nichtgebrauch geſchehen laſſen, ohne auf die Beobachtung des Geſetzes zu dringen, ſo kann durch eine ſolche Entwöhnung ein Geſetz aller-

24) LAUTERBACH Colleg. Theor. Pract. Pandectar. h. t. §. 21. *Fratr.* BECMANNI in Conſil. et Deciſ. P. I. Reſp. I. S. 2c.

allerdings aufgehoben werden. Nur muß die ſpecielle Einwilligung des Geſetzgebers erwieſen werden können. Unter dieſer Vorausſetzung können ſogar auch Strafgeſetze per deſuetudinem ihre Gültigkeit verliehren [25]). Daß der Nichtgebrauch des Geſetzes durch gerichtliche Erkänntniſſe müſſe beſtätiget worden ſeyn, wie Leyſer [26]) und mit ihm die Gebrüdere Becmann [27]) dafür halten wollen, iſt nicht immer erforderlich, ſo wie auch ſchon andere gegen Leyſer gründlich erinnert haben [28]).

Lib. I. Tit. IV.

De
Conſtitutionibus Principum.

§. 94. und 95.

Entwickelung der römiſchen und heutigen Begriffe von Conſtitutionen der Regenten.

Unter den ſo verſchiedenen Geſetzgattungen der Römer zeichnet ſich nun noch vorzüglich durch Reichhaltigkeit an Rechtsprincipien, ſo durch dieſelbe eingeführt worden ſind, diejenige aus, welche uns unter dem Namen *Conſtitutiones Principum* die Fragmente dieſes Titels kennen lernen [29]). Die Römer legten dieſen Namen denen-

25) *§. 7. I. de iniuriis.*

26) Meditat. ad Pand. Spec. IX. med. 10.

27) Conſil. et Decif. P. II. Dec. 48. n. 5. S. 40.

28) HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas Spec. XI. med. 14. und Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 139.

29) *Io.* STRAUCH Diſſ. de ſtatutis a ſummo principe. Inter *Diſſertat. academ.* n. 3. *Marq.* FREHER Orat. de conſtitutionum

denenjenigen Verordnungen bey, welche die römiſchen Kaiſere ſelbſt und in Kraft der ihnen durch die Legem regiam übertragenen höchſten Staatsgewalt [30]), mithin ohne Zuziehung des Senats und Volks [31]), an ihre Unterthanen ergehen lieſſen, und welche alſo blos darum, weil es der Kaiſer wollte, das Volk, als Geſetze, verbanden. Solche Verordnungen publicirten nun die Kaiſer entweder aus eigner Bewegung, oder auf das Verlangen ihrer Unterthanen; zur erſtern Claſſe gehörten die kaiſerlichen **Edicte** und **Mandate**; zur letztern aber die kaiſerlichen **Reſcripte** und **Decrete**.

Edicte

num imperialium inter caeteras iuris civ. partes excellentia. Frſti 1672. *Ulr.* HUBER oder *Andr.* BRUCE de Conſtitutionib. Principum. Franeq. 1683.

30) Aus eben dieſer Quelle leitet auch **Ulpian** *L.* 1. *D. h. t.* die Gültigkeit der kaiſerlichen Verordnungen her. *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum* LEGE REGIA, *quae de imperio eius lata eſt, populus ei et in eum omne ſuum imperium et poteſtatem conferat.* Es iſt jedoch bekannt, daß die Urtheile der Gelehrten über die lex regia ſehr verſchieden ſind. S. GRONOVIUS in Orat. de lege regia. Lugd. 1675. 8. SCHOCK Tr. de quadruplici lege regia. Frſti 1668. 8. *Leop.* METASTASIUS de lege regia ſeu tabula aenea capitolina notis, animadverſionibus, et variis quaeſtionibus illuſtrata. Romae 1757. 4. *Petr. van* SPAAN Spec. hiſt. iurid. de SCto de imperio Veſpaſiani apud Gruterum. T. II. p. 242. ſpurio Lugd. Batavor. 1768. HUBER Digreſſ. Iuſtin. Lib. I. c. 31. WESTENBERG in Div. Marco. Diſſ. II. c. 1. *van* WACHENDORF Diſſ. de principe LL. ſoluto Cap. II. *Chriſt. Dan.* BECK Diatr. de Lege regia Romanor. Lipſiae 1780. Eine Unterſuchung über die lex regia findet man auch in **Thom. Bevers** Geſchichte des röm. Staats und des röm. Rechts. 3. Buch 6. Kap. wo zugleich D. **Völkel** in den Anmerkungen S. 264—272. nachzuſehen iſt.

31) *L.* 2. *§.* 11. und 12. *D. de Orig. iuris.*

Edicte wurden die allgemeinen kaiſerlichen Verordnungen genennt, welche entweder alle Unterthanen des ganzen römiſchen Reichs, oder einen Theil derſelben z. B. eine ganze Provinz angiengen [32]). Enthielten dieſelben die Entſcheidung einer ſtreitigen Rechtsmeinung, ſo hieſſen ſie Deciſionen, z. B. die 50 Deciſionen des K. Juſtinians. Enthielten ſie aber ſonſt ein neues Recht, ſo wurden ſie im eigentlichen Verſtande **Edicte** genennt.

Mandate wurden an die Gouverneurs der Provinzen und andere römiſche Magiſtratsperſonen erlaſſen, und es waren ihnen darinn die Grenzen ihrer Amtsgewalt und Gerichtsbarkeit vorgezeichnet [33]). Von dieſen waren *Epiſtalmata*, oder *Epitagmata* verſchieden, denn dieſe waren kaiſerliche Ordres, worinnen einem Miniſter oder andern kaiſerlichen Bedienten die Beſorgung eines dem Kaiſer ſelbſt betreffenden Geſchäfts aufgetragen wurde [34]).

Reſcripte

32) Selbige werden daher auch *Leges edictales perpetuae*, oder *in perpetuum valiturae* genennt. L. 6. C. de ſec. nupt. L. 6. C. de div. reſcript. Zwar wollen verſchiedene Rechtsgelehrte behaupten, als ob die Edicte ehemahls, falls ſie die Kraft allgemeiner Geſetze haben ſollten, durch ein Senatusconſultum hätten beſtätiget werden müſſen. S. FABER Semeſtr. Lib. I. c. 25. BACH hiſt. Iurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. S. 4. §. 6. u. a. m. Allein dieſe irrige Meinung hat Herr Dir. Zepernick in Diatr. de iudicat. centumviral. §. XXII. not. i. hinter *Siccama* de iudic. centumvir. S. 402. gründlich widerlegt.

33) *L. 6. §. 3. fin. D. de offic. Proconſ. L. 19. pr. D. offic. Praeſid. Tit. Cod. de mandat. princip. Nov. 17.* S. *Car. Em.* VIZZANIUS de mandatis Principum. *Amſtelod.* 1657. 4.

34) *L. 3. C. de quadr. praeſcr. I. H.* BOEHMER de iure epiſtalmatis. Halae 1735. 4.

Reſcripte hießen kaiſerliche Antwortsſchreiben, welche auf eingereichte Bittſchriften, oder geſchehene Anfrage und erſtatteten Bericht ſolcher Unterthanen ergiengen, die ſich in einem zweydeutigen oder ſchwierigen Rechtsfall, oder in einem andern Anliegen an den Monarchen gewandt hatten [35]). Selbige waren von dreyerley Art. 1) Solche, welche auf die Supplikcn einzelner Privatperſonen erlaſſen wurden; dieſe hießen Reſcripte im engern Verſtande. Schrieben die Kaiſer gleich ſelbſt und mit eigner Hand die Reſolution unter die Supplik, ſo wurden ſelbige *Adnotationes* oder *Subnotationes* [36]) genennt; andere hingegen, welche nur von dem kaiſer-

35) SCHULTING Orat. pro Reſcriptis Imp. Rom. in Commentat. Academ. Halae edit. Vol. I. Diſſ. III. S. 163. u. folgg. und *Dav. Capel.* HUNTHUM Diſſ. de Reſcriptis Princip. Rom. Leidae 1709. in OELRICH Theſ. Diſſ. Belgicar. Vol. II. T. 3. S. 307. u. folgg.

36) Die Kaiſere ſelbſt brauchen ſehr häufig die Ausdrücke adnotatio manus noſtrae *L.* 14. *C. Th. de curſu publ. L.* 52. *C. Th. de Haereticis. Nov. Valentiniani III. de homicidiis* beym RITTER T. VI. Cod. Theod. S. 107. ferner adnotationis noſtrae decretum. *L. 1. Cod. Iuſt. de precib. Imp. offerend.* Auch kommen die Ausdrücke vor: dextra triumphalis *L. penult. C. Theod. de annon. Civic. L.* 13. *C. Iuſt. de Murileg.* dextra principalis, *L.* 21. 22. u. 23. *C. Th. de diverſ. offic.* Beyſpiele von ſolchen kaiſerlichen Adnotationen finden wir in den Acten der Chalcedoniſchen Kirchenverſammlung Act. I. col. 1038. und 1091. nach der Venet. Concilien-Ausgabe des Labbäus. Man vergleiche auch *Iac.* GOTHOFREDUS ad LL. 27. u. 28. C. Th. de petition. *Ioach. von* DALE Diſſ. de Subſcriptionib. Princip. Ienae rec. 1750. beſonders aber *Ant.* ZIRARDINUS ad Impp. Theodoſii Iun. et Valentiniani III. Novellas leges. S. 236. u. folgg. vorzüglich S. 241. und 487. Die Kaiſere bedien-

kaiſerlichen Cabinetsſecretair (Promagiſter, Magiſter Scriniorum) ausgefertiget und unterſchrieben wurden, hießen *reſcripta ſimplicia* [37]). 2) Solche, die an Magiſtratsperſonen auf deren erſtattete Berichte ergiengen; dieſe wurden *Epiſtolae* [38]) genennt. Endlich 3) ſolche Reſcripte, welche auf die Vorſtellung einer ganzen Gemeinheit, einer Provinz, oder Stadt, oder eines andern Collegiums in einer öffentlichen Angelegenheit ergiengen; dieſe wurden *Sanctiones* oder *Iuſſiones pragmaticae* [39]) genennt.

Kaiſerliche **Decrete** [40]) waren Urtheile, welche die Kaiſere in ihrem Tribunal (*Auditorium Principis*) [41]) nach

bedienten ſich zu ihrer Abnotation einer purpurrothen Dinte, welche in den Geſetzen derſelben *ſacrum encauſtum* genennet wird. *L. 6. C. Iuſt. de div. Reſpript.*

37) So werden *L. 27. Cod. Theod. de petition.* und *Novell. Valentin. de homicidiis* ausdrücklich Adnotationes und Reſcripta ſimplicia unterſchieden. S. *Iac.* GOTHOFREDUS *ad d. L.* 27. und *Ian. a* COSTA ad Decretales. S. 26.

38) *L.* 13. *§.* 5. *D. de iure fiſci. L.* 6. *§.* 3. *D. de off. Proconſ.*

39) *L. 7. C. de diverſ. reſcript. iunct. L. 15. C. de proxim. ſacr. ſcrin.* Ein Beyſpiel findet ſich *L. 4. §. 5. D. de offic. proconſ.* S. BOEHMER D. de ſanction. pragmat. indole (*Exercit. ad Dig. T. I.*)

40) THEOPHILUS in Paraphr. Inſtitut. graeca ad §. 6. de I. N. G. et C. ſagt DECRETUM *eſt ſententia Principis inter duas partes, de quarum ipſe cauſa cognoſcit, et iudicat, pronuntiata.* Bisweilen wird jedoch das Wort DECRETUM *Principis* im weitläuftigern Verſtande für eine jede kaiſerliche Verordnung genommen. *L. 7. pr. D. de I. et I. L. 28. §. 2. D. Ex quib. cauſ. maior.* S. NOODT de pact. et Transact. Cap. XIX. ZEPERNICK de iudicat. Centumviral. §. XIX. beym SICCAMA S. 378 u. f.

41) So hieß der Ort, wo die an den Kaiſer gebrachte Rechtsſachen vorgenommen und entſchieden wurden. *L. 22. pr. D. ad*

nach vorhergegangener genauen Unterſuchung des ſtreitigen Rechtshandels [42]), und desfalls gemeinſchaftlich mit ihren Gerichtsräthen und Beyſitzern gepflogenen Erwägung ſelbſt bekannt machten [43]). War der Proceß zum End-

ad SCt. Trebell. L. 18. §. 1. D. *de minorib.* L. 54. D. *de re iudic.* L. 1. §. *fin.* D. *ne de ſtatu defunctor.* L. 40. 44. 48. C. *Th. de appellat.* (Lib. XI. Tit. 30.) L. 3. 4. 5. *eod. de reparat.* (XI. 31.) Von dieſem war das *Conſiſtorium Principis*, der geheime Rath, oder Cabinetsrath der Kaiſer verſchieden, in welchen blos Staatsgeſchäfte abgehandelt wurden. Man vergleiche die ſchöne und gelehrte Schrift des Herrn D. *Chriſt. Gottl.* HAUBOLD de Conſiſtorio Principum. *Lipſiae* 1788. Cap. III.

42) Dies erläutern die Worte Juſtinians *L.* 12. *pr. C. de Legibus:* Si imperialis Maieſtas cauſam cognitionaliter examinarit, et utrisque partibus cominus conſtitutis ſententiam dixerit.

43) Lehrreiche Beyſpiele von ſolchen kaiſerlichen Decreten liefern uns die Fragmente, welche aus des IULII PAULI *libris Decretorum ſeu ſententiarum in imperialibus cognitionibus prolatarum* in unſere Pandecten gekommen, und von *Abr.* WIELING Iurisprud. Reſtitut. S. 159. u. folgg. vollſtändig angeführt worden ſind. Sie enthalten die Entſcheidungen und Urtheilsſprüche der Kaiſer SEPTIMII SEVERI und ANTONINI CARACALLAE, in deren Tribunal Paulus ſelbſt nebſt andern ſehr berühmten Rechtsgelehrten der damaligen Zeit Beyſitzer war. S. *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. XII. §. 1. S. 364. und Cap. XIV. §. 5. S. 517. Ich will nur einige von dieſen Fragmenten ausheben, als *L.* 38. *D. de minorib.* *L.* 8. *D. quod cum eo, qui in aliena poteſt.* *L.* 92. *D. de hered. inſtit.* u. *L.* 240. *D. de Verb. Signif.* welche einen Beweis geben, wie ſehr oft der Kaiſer mit ſeinen Tribunalsräthen über die Entſcheidung ſtreitiger Fälle diſputiret, und wie freymüthig der Juriſt Paulus denen Kaiſern ſelbſt ins Geſicht widerſprochen habe. S. ZEPERNICK Diatr. cit. §. XVI. beym SICCAMA S. 365.

Endurtheil noch nicht reif, ſondern kam es noch auf weitere Erörterung eines Punctes an, wovon die Entſcheidung der Hauptſache abhieng, oder war ſonſt nur ein Nebenpunct des obſchwebenden Rechtsſtreits durch das kaiſerliche Erkänntniß decidiret worden, ſo hieß ſolches *Interlocutio Principis* 44). Durch dieſe Begriffe erhalten nun die Worte Ulpians 45) ihr Licht, wenn dieſer ſagt: *Quodcunque igitur Imperator per* EPISTOLAM *et* SUBSCRIPTIONEM *ſtatuit, vel cognoſcens* DECREVIT, *vel de plano* INTERLOCUTUS *eſt, vel* EDICTO *praecepit: legem eſſe conſtat. Hae ſunt, quas vulgo* CONSTITUTIONES *appellamus.* Zuletzt muß ich noch einer Eintheilung der kaiſerlichen Verordnungen gedenken, deren Ulpian 46) in folgenden Worten Erwähnung thut: *Plane ex his quaedam ſunt* PERSONALES, *nec ad exemplum trahuntur. Nam quod Princeps alicui ob merita indulſit, vel ſi quam poenam irrogavit, vel ſi cui ſine exemplo ſubuenit: perſonam non egreditur.* Dieſemnach ſind alſo die Conſtitutiones Principum entweder *generales* oder *ſpeciales ſ. perſonales* 47). Erſtere werden diejenigen genennt, welche eine gemeine Regel für alle enthalten; letztere hingegen, welche eine Ausnahme von der allgemeinen Vorſchrift der Geſetze in Anſehung einzelner Perſonen enthalten; es ſey nun,

44) *L.* 1. *§.* 1. *D. h. t.* — de plano interlocutus eſt. HUBER Praeleſt. ad Inſtitut. Lib. I. Tit. 2. §. 9. hat ſich ganz unrichtige Begriffe von kaiſerlichen Decreten und Interlocutionen gemacht, welchen *Ioh. Caſp.* HEIMBURG Progr. II. de Interlocutionibus Principum occaſ. L. I. §. 1. D. de Conſtitut. Princ. Ienae 1739. gründlich widerlegt.

45) *L.* 1. *§.* 1. *D. h. t.*

46) *§.* 2. *cit. L.* 1. *h. t.*

47) *§.* 6. *in fin. I. de I. N. G. et Civ.*

nun, daß entweder dieſe Ausnahme zu Gunſten derſelben und auf eine für ſie vortheilhafte Weiſe, (*conſtitutiones favorabiles*) oder auf eine gehäßige Art gemacht worden, indem eine härtere Strafe in einem Falle dictiret worden, als die Geſetze ſonſt in demſelben beſtimmt haben (*conſtitutiones odioſae*) [48]. Aus dem Zuſammenhang der ganzen Stelle des Ulpians ſiehet man, daß er die oben gedachten Arten der kaiſerlichen Conſtitutionen und alſo auch die Reſcripta und Decreta Principum zu den generellen Conſtitutionen rechne, dieſes ließ ſich jedoch vor Juſtinians Zeiten anders nicht annehmen, als wenn die Kaiſer ihren Decreten oder Reſcripten die clauſulam Edicti inſerirt hatten [49], ſonſt machten ſie nur ein Recht unter

48) Sehr gut erläutert dieſe Eintheilung THEOPHILUS Paraphr. Inſtit. graeca ad §. 6. tit. de I. N. G. et C. — *Atque harum* (ſc. Conſtitutionum) *quaedam ſunt* PERSONALES, *neque in exemplum trahi poſſunt: quia non hoc princeps voluerit: nam ſi cui Princeps ob egregia in rempublicam merita aliquid conceſſerit, veluti immunitatem a tributis aut vectigalibus, ac deinde alius quispiam non peius, aut etiam longe melius de Republica mereatur, is ex illa Lege conſimilem ſibi immunitatem vindicare non poterit: propterea, quod illa Lex intra certam perſonam conſiſtat. Sed et ſi cui aut graviorem, quam pro delicto, vel quam Lege cautum eſt, poenam irrogaverit, aut poenae gratiam fecerit, id ad conſequentiam non pertinet. Itaque nec ſi quis poſtea in idem delictum inciderit, aut ſimilem gratiam conſequetur, aut gravius, quam par eſt, in eum animadvertet. Quoniam intra perſonas eorum, quibus ſubventum eſt, vel auctum ſupplicium, ea ſiſtentur. Perſonales igitur Conſtitutiones perſonas eorum, de quibus emiſſae ſunt, non excedunt. Quae autem* GENERALES *ſunt, in omnes tum perſonas, tum res, valent, atque extenduntur.*

49) *L.* 2. et 3. C. *de Legib. et Conſtitut.* Einen vortreflichen Commentar über dieſe Stellen findet man in des Herrn Dir.

unter den Partheyen, wenn ſie nicht etwa hernach durch die beſtändige Anwendung in ähnlichen Fällen die Kraft eines allgemeinen und beſtändigen Gewohnheitsrechts erhalten hatten [50]). Ich werde hiervon beym folgenden §. 96. noch etwas umſtändlicher zu handeln, Gelegenheit haben.

Heutiges Tages giebt es nun zwar auch eben ſo mancherley Gattungen landesherrlicher Verordnungen [51]), als es bey den Römern kaiſerliche gab; inzwiſchen werden doch oft mit den römiſchen Benennungen ganz andere Begriffe verbunden. Ich werde dieſes gleich näher zeigen. Unter einer **landesherrlichen Verordnung** verſtehet man heutiges Tages überhaupt nichts anders als die ausdrückliche Willenserklärung eines Landesherrn, wodurch derſelbe in Anſehung ſeiner Unterthanen etwas verfügt, was geſchehen oder nicht geſchehen ſoll. Eine ſolche Verordnung ſoll nun entweder nach der erſten und fürnehmſten Abſicht des Landesherrn alle Unterthanen deſſelben angehen, oder nicht. Im erſten Fall wird ſie eine allgemeine, im zweyten aber eine beſondere landesherrliche Verordnung genennt. Die allgemeinen landesherrlichen Verordnungen heißen heutiges Tages überhaupt Edicte, in einigen Ländern aber

 auch

ZEPERNICK Diatr. de iudicat. centumviral. §. XX. beym SICCAMA S. 384 u. folgg.

50) Man vergleiche *Henr.* BRENKMANN Diatr. de Eurematicis. Cap. VII. Sect. II. §. XI. und folgg. S. 32. *Ger.* NOODT in Diocletiano et Maxim. cap. 2. *Ant.* SCHULTING Orat. pro reſcript. Princ. Rom. §. 4. und *van* WACHENDORF in Diatr. de principe legibus ſoluto. Cap. III. §. 3.

51) S. *Io. Chriſt.* KOCHII meditat. de conſtitut. Principum. Ienae 1754.

auch Mandate. Reſcripte aber werden h. z. T. nicht nur die auf Veranlaſſung, z. B. auf vorhergehende Vorſtellung eines Supplicanten, oder erſtatteten Bericht eines Beamten, ſondern auch aus eigner Bewegniß an gewiſſe Perſonen erlaſſene landesherrliche Verordnungen genennet [52]). Ja was noch mehr iſt, es werden ſogar unter Reſcripten auch nur ſolche Schreiben verſtanden, welche nach gewiſſen Curialien von einem Ober-Collegium an den Unterrichter in bürgerlichen oder peinlichen Juſtizſachen zu des leztern Nachachtung ergehen. Und dieſe ſind entweder bloſe Schreiben um Bericht-Erſtattung (*reſcripta informativa*) oder ſolche, welche auf Juſtizbeſchleunigung abzielen, (*promotorialia*) oder ſolche, wodurch eine Sache wegen Juſtizverzögerung, oder den Verdacht einer Partheylichkeit abgefordert wird, (*avocatoria*) u. d. m. [53]). Landesherrliche Reſcripte aber werden in Gemäßheit des canoniſchen Rechts in Gnaden, (*reſcripta gratiae*) und Juſtizreſcripte (*reſcripta iuſtitiae*) eingetheilt, je nachdem dadurch vom Landesherrn entweder eine Gnade, z. B. eine Verſorgung, oder Anwartſchaft, oder eine Befreyung und Loßzählung, oder ſonſt dergleichen verliehen wird, oder aber in einer ſtreitigen Rechtsſache beſtimmt wird, was nach dem ordentlichen Rechtslauf in derſelben geſchehen ſoll. Der Unterſchied zwiſchen beyden Arten landesherrlicher Reſcripte iſt nach canoniſchen Rechten von großer Wich-

52) Dieſer heutige Begriff der Reſcripte rührt aus dem canoniſchen Rechte her. Siehe Tit. Decretal. *de Reſcriptis (Lib. I. T 3.)* und C 23. *de praebend. in 6to.* BOEHMER princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. IV. §. 225.

53) S. D. Juſt. Claproths Grundſätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen, von Reſcripten, und Berichten ꝛc. Göttingen 1783.

Wichtigkeit. Denn **Gnadenreſcripte** erhalten ihre Wirkung gleich von dem Tage ihrer Ausfertigung (a tempore *datae*) an; **Juſtizreſcripte** aber erſt von der Zeit an, da ſie dem Richter vorgezeiget worden ſind (a tempore *inſinuationis*) [54]. Und zwar ſollen leztere nach der Vorſchrift des canoniſchen Rechts längſtens **innerhalb eines Jahres** von dem Impetranten vorgezeiget werden, nachdem derſelbe Gelegenheit dazu bey dem Richter gehabt hat [55]. Iſt ſolches aus Gefährde oder nur aus Nachläßigkeit unterlaſſen worden, ſo gilt das Reſcript nichts mehr gegen ein neueres, welches der Gegner unterdeſſen ausgewirkt hat. Es verſtehet ſich alſo, daß wenn kein gegenſeitiges anderes Reſcript erfolgt iſt, das erſtere auch noch nach einem Jahre ſeine Gültigkeit behalten werde [56].

Die Benennung einer **pragmatiſchen Sanction** kommt heutiges Tages im römiſchen Sinn gar nicht mehr vor; ſondern man verſtehet vielmehr darunter ein ſchriftlich errichtetes Fundamentalgeſetz, welches den öffentlichen Zuſtand und Verfaſſung eines Landes oder

 Reichs

54) *c.* 7. *c.* 19. *X. de Reſcript. c.* 9. *c.* 14. *eodem in 6to. c.* 7. *de Praebend. in 6to. cap.* 59. *X. de Appellat.* G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 4. §. 227. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 95. und **Eibel** Einleitung in das kathol. Kirchenrecht. IV. Th. I. B. 2. Hauptſt. §. 256.

55) *cap.* 9. u. 23. *X. de reſcript. Franc.* FLORENS ad Tit Decretal. de Reſcript. Tr. 3. Oper. Tom. I. S. 101. **Eibel** a. a. O. §. 255.

56) *L.* 2. *Cod. de diverſ. Reſcript.* S. FACHINAEUS Controverſ. iuris Lib. VIII. cap. 65. Jedoch iſt die Ausnahme, die L. 2. macht, *ſi modo tempus, in quo allegari vel audiri debent, non ſit comprehenſum*, nicht aus der Acht zu laſſen.

Reichs betrift, und mit Einwilligung der Stände deſſelben dergeſtalt gegeben worden iſt, daß es eine beſtändige Gültigkeit haben ſolle [57]). Auch fällt der Unterſchied unter Adnotationen und bloſen Reſcripten heut zu Tage von ſelbſt weg. Dagegen aber pflegen die an hohe Landescollegia oder andere Juſtizbeamte ergehende Reſcripte unterweilen Fürſtliche Ausſchreiben genennt zu werden.

Endlich Decrete können zwar auch noch heutiges Tages in der römiſchen Bedeutung vorkommen, nur dürfen nicht die Urtheilsſprüche der höchſten Juſtiz-Collegien damit verwechſelt werden; denn zwiſchen dieſen und den Sentenzen oder Entſcheidungen des Landesherrn iſt ein großer Unterſchied. Was der Landesherr nach geſchehener Unterſuchung des vorgegangenen Rechtshandels ſelbſt entſcheidet, macht nicht blos ein Recht unter den Partheyen, ſondern wird auch für ähnliche Fälle ein Geſetz [58]). Allein dieſe geſetzgebende Gewalt ſtehet ſelbſt denen höchſten Juſtizcollegien im Lande nicht zu [59]). Landesherrliche Decrete müſſen alſo nicht blos im Namen des Landesherrn abgefaßt, ſondern von ihm ſelbſt ertheilet, und unterſchrieben worden ſeyn [60]). Indeſſen pflegen auch heutiges Tages nicht ſelten unter Decreten landesherrliche Befehle verſtanden zu werden, wodurch Jemanden ein öffentliches Amt ertheilet wird.

§. 96.

57) Man vergleiche BOEHMER oben angeführte Diſſertat. Cap. II.

58) *L. fin. C. de Legib.*

59) S. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum. Vol. I. Obſ. 1. und 2.

60) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 13.

§. 96.

Von der Verbindungskraft landesherrlicher Edicte, Decrete und Reſcripte.

Was haben denn nun aber Edicte, Reſcripte und Decrete der Regenten für ein Anſehen? Sind ſelbige ohne Unterſchied als allgemeine Geſetze zu betrachten, dergeſtalt, daß auch die landesherrlichen Decrete und Reſcripte in allen ähnlichen Fällen wieder angewendet werden müſſen? oder iſt nicht wenigſtens in Anſehung dieſer eine Ausnahme zu machen? Wir müſſen einen Unterſchied machen. Soviel

I) die landesherrlichen Edicte anbetrift, ſo ſind dieſe ohnſtreitig für alle Unterthanen verbindlich; in ſo fern ſie auf die gehörige Art bekannt gemacht worden ſind. Der Grund hiervon iſt nicht, wie der Autor meint, weil ſie ein ganz neues Recht enthalten; Nein; die Fälle ſind ja nicht ſelten, daß unſere Landesherren durch ihre Edicte nur ſchon vorhandene beſtättigen oder erläutern; ſondern der wahre Grund der allgemeinen Verbindungskraft landesherrlicher Edicte liegt in den Willen des Landesherrn ſelbſt. Denn Edicte werden ja lediglich in dieſer Abſicht bekannt gemacht, daß ſie alle Unterthanen des Geſetzgebers verbinden ſollen. Auch nach römiſchen Rechten hat dieß ſo wenig Zweifel, daß ſogar Verordnungen, welche ſonſt nur ein Recht unter den Partheyen machten, dadurch das Anſehen allgemeiner Geſetze erhielten, wenn denenſelben die clauſula Edicti inſerirt worden [61]). Was aber

61) *L. 3. C. de Legib. et Conſtit. et Edict.* Leges ut *generales* ab omnibus aequaliter in poſterum obſerventur, quae vel miſſae

II) die *Decreta Principum* anbelangt, ſo haben ſolche bey den Römern nicht immer einerley Wirkung gehabt. Denn vor Juſtinians Zeiten machten dieſelben in der Regel nur ein Recht unter den ſtreitenden Partheyen, wenn nicht die Kaiſere ausdrücklich erklärt hatten, daß ſolche auch in ähnlichen Fällen zur Entſcheidung dienen ſollten. Hieraus läſſet ſich erklären, warum die römiſchen Rechtsgelehrten die kaiſerlichen Decrete nur immer illuſtrationis cauſſa und zuletzt anzuführen pflegten, wenn ſie ihren Satz oder Meinung ſchon genugſam durch andere, manchmal ſehr weit und mühſam herbeygeholte Gründe unterſtützt zu haben glaubten [62]). Ja wir finden Beyſpiele in den Pandecten, daß zuweilen die römiſchen Rechtsgelehrten Meinungen gehegt haben, die den ausdrücklichen kaiſerlichen Decreten entgegen waren, und zwar mit den Effect, daß man ſelbſt in den Gerichten jene Meinungen denen Decreten der Kaiſer vorgezogen hat [63]). Selbſt die römiſchen Kaiſer vor Juſtinian wollten nicht, daß ihre Decrete als allgemeine Geſetze gelten ſollten. Hiervon überzeugt uns die bekannte Verordnung der Kaiſer Theodoſius und Valentinian [64]), in welcher es heißt: Quae ex relationibus vel ſuggeſtionibus

ſae a nobis ad venerabilem Coetum oratione conduntur, *vel inſerto edicti vocabulo nuncupantur*; ſive eas ſpontaneus motus ingeſſerit, ſive precatio, ſive relatio, vel lis mota legis occaſionem poſtulaverit.

62) *L. 2. D. de offic. Aſſeſſor. L. 3. §. 5. D. de liber. exhib. L. 13. §. ult. D. de Excuſat.*

63) *L. 28. D. de inoff. teſtam. L. 1. §. 14. D. ad Leg. Falcid.*

64) *L. 2. Cod. de Legib. et Conſtitut. Princip. et Edict.* Man vergleiche hier vorzüglich des H. Dir. ZEPERNICK Diatr. de iudicat. centumviral. §. XX. u. folgg.

nibus iudicantium, vel *conſultatione* [65]) *in commune florentiſſimorum ſacri noſtri palatii procerum auditorium introducto negotio ſtatuimus,* — nec generalia iura ſint, ſed *leges faciant his duntaxat negotiis atque perſonis, pro quibus fuerint promulgata* [66]). Und gerade daſſelbe müſſen wir

III) aus den nämlichen Gründen auch von den kaiſerlichen **Reſcripten** vor Juſtinians Zeiten ſagen. Es erhellet dieſes auch vorzüglich aus einer Verordnung der Kaiſere Arcadius und Honorius vom Jahr Chriſti 498 [67]), welche folgender Geſtalt lautet: *Reſcripta ad conſultationem emiſſa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effuſa docebuntur.* Daher ſich erklären läſſet, warum die Kaiſere ſo oft eben daſſelbe reſcribirt haben [68]). Allein Juſtinian hat dieſes geändert,

65) Das Wort *Conſultatio* erklärt *Iac.* GUTHERIUS de Offic. domus Auguſt. Lib. I. c. 28. durch eine kaiſerliche Sentenz, welche nach dem Gutachten der kaiſerlichen Räthe, und nach vorhergegangener Unterſuchung der Sache abgefaßt worden; allein es kann auch darunter das Gutachten der kaiſerlichen Räthe ſelbſt verſtanden werden, wornach das kaiſerliche Decret abgefaſſet zu werden pflegte.

66) Eben dieſes beſtätigen auch die Worte der *L.* 3. *C. de LL.* — *interlocutionibus, quas in uno negotio iudicantes protulimus, vel poſtea proferemus, non in commune praeiudicantibus.*

67) *L* 9. *Cod. Theod. de diverſ. reſcript.* (Lib. I. Tit. 2.) und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad eandem. T. I. S. 25. *edit. Ritteri.*

68) *L.* 29. *D. ad L. Cornel. de falſ. L.* 1. *C. in quib. cauſ. in int. reſtit. L.* 2. *C. de hered. tutor. L.* 26. *D. de pign. act.* Es iſt merkwürdig, was Kr. ALEXANDER an einen gewiſſen *Superus L.* 1. *C. Iuſt. de div. reſcript.* zu reſcribiren veranlaſſet wurde, daß das Reſcript, ſo Supplikant mit ſeinem Bruder in cauſa communi erhalten, auf ſie beyde gehe, wenn es

dert, und in der *L. 12. Cod. de LL. et Conſtitut.* beyden, denen Decreten wie den Reſcripten, ein allgemeines geſetzliches Anſehen beygelegt. Ich will nur einige Stellen aus dieſer Verordnung Juſtinians excerpiren. Gleich Anfangs heißt es: Si imperialis maieſtas cauſam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus conſtitutis ſententiam dixerit: omnes omnino iudices, qui ſub noſtro imperio ſunt, ſciant, hanc eſſe legem non ſolum illi cauſae, pro qua producta eſt, ſed et omnibus ſimilibus. Quid enim maius, quid ſanctius Imperiali eſt maieſtate? vel quis tantae ſuperbiae faſtidio tumidus eſt, ut regalem ſenſum contemnat: cum et veteris iuris conditores conſtitutiones, quae ex imperiali decreto proceſſerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant? [69]) Hier iſt nun zwar blos die Rede von den kaiſerlichen Decreten, allein daß Juſtinians Intention ſich auch auf die Reſcripte gleichermaßen erſtrecke, ergiebt ſich aus den nachfolgenden Worten. Definimus autem, omnem Imperatorum legum interpretationem, ſive in *precibus*, ſive in iudiciis, ſive alio quocunque modo factam, ratam

es auch gleich nur an einem derſelben gerichtet worden. Eine ſolche Anfrage würde höchſt lächerlich geweſen ſeyn, wenn damalen die kaiſerlichen Reſcripte ſchon an ſich ein gemeines Recht gemacht hätten.

69) Dieſe Worte laſſen ſich mit denen oben angeführten Gründen nicht zuſammen reimen. Allein man wundere ſich darüber nicht. Es iſt nichts neues, daß Juſtinian zur Rechtfertigung und Empfehlung ſeiner Rechtsänderungen ſich dergleichen Fictionen erlaubt habe. Beyſpiele haben *Ant.* CONTIUS Lection. ſubceſivar. Lib. I. c. 9. *Hieron. de* OROZ de Apicib. iur. civil. Lib. V. cap. VII. n. 3. 4. u. folgg. und Hr. Dir. ZEPERNICK a. a. O. §. XXI. S. 400. nach *Siccama*, geſammlet.

ratam et indubitatam haberi. Sollen jedoch Decrete und Reſcripte nach dieſer Verordnung des Juſtinians eine allgemeine geſetzliche Verbindungskraft haben, ſo wird nach den ausdrücklichen Worten derſelben erfordert, daß ſelbige eine zweifelhafte und ſtreitige Rechtsfrage entſcheiden müſſen. Denn die eine bloſe quaeſtionem facti entſcheiden, z. B. ob der Beweis für vollführt zu halten, welcher dem Kläger oder dem Beklagten aufgelegt worden? oder ob die ergriffene Appellation für deſert zu erklären? können ihrer Natur nach nicht die Wirkung eines gemeinen Rechts hervorbringen [70]). So weit vom römiſchen Rechte; und ich glaube, durch den eingeſchlagenen Weg der hiſtoriſchen Darſtellung haben wir alle die Schwierigkeiten glücklich vermieden, die andere hierbey gefunden, welche zwiſchen die L. 2. 3. und 12. Cod. de Legibus eine Vereinigung zu treffen gemeinet haben [71]). Die Frage iſt nur noch, ob jene Vorſchrift des juſtinianiſchen Rechts noch heutiges Tages anwendbar ſey? Die Rechtsgelehrten ſind deshalb nicht einerley Meinung. Huber [72]) ſcheint es zu verneinen; allein

70) S. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum. Vol. I. Obſ. I. n. 10. 11. u. folgg.

71) Man vergleiche *Fr.* BALDUINUS in Iuſtiniano Lib. II. S. 95. (edit. *Gundling.*) Ebenderſelbe in Commentar. ad §. 6. I. de I. N. G. et Civ. ad verb. *Decreta.* *Ulr.* HUBERUS Praelect. ad Digeſt. h. t. §. 5. COCCEJI Iure Controv. h. t. Qu. 1. *Caſp.* ZIEGLER in Dicaſtice Concluſ. XXXVI. §. 19. 20. u. folgg.

72) a. a. O. §. fin. *Quod eo plus hodiernis moribus habet evidentiae, quo magis conſtat, his diebus Principes — rebus iudicandis ſe dedere non ſolere, vel ſi his rebus ſe miſceant, fere id eo comparatum eſſe, ut extra ordinem ignoſcant, aut animadvertant, quod ad legis non valere conſequentiam, ipſa iuris civilis regula dictat.*

lein ohne einen überzeugenden Grund, wie ſchon Reinharth, der ihn gründlich widerlegt, gezeigt hat [73]. Nur aber iſt freylich auch heutiges Tages immer die conditio ſine qua non, daß das landesherrliche Reſcript oder Decret, welches dem Richter in ähnlichen Fällen zur geſetzlichen Norm dienen ſoll, eine ſtreitige Rechtsfrage entſchiede, oder ein dunkeles und zweifelhaftes Geſetz erkläre, und dabey allen, wo nicht Unterthanen, doch wenigſtens Richtern zur Nachachtung gehörig bekannt gemacht worden ſey [74]. Fürſtliche Machtſprüche [75]) hingegen kann man auch heutiges Tages ſo wenig als bloſe Gnadenreſcripte in ähnlichen Fällen zum Muſter nehmen. Eben dieſes findet ſtatt, wenn der Landesherr, nicht als Geſetzgeber, ſondern nur als oberſter Richter ſeines Landes in einer an ihn gebrachten Proceßſache, nach vorhergegangener vollſtändigen Unterſuchung derſelben, ein Decret oder Reſcript ertheilet hat, welches nach ſeinem Willen, und nach der Beſchaffenheit der Sache, nur ein Recht unter den ſtreitenden Partheyen machen ſoll [76]. Solche Decrete und

73) a. a. O. Obſ. 2. S. 3. u. folg.

74) Eben dieſes erfordert auch Ziegler a. a. O. §. 23. S. 665. am Ende, wo es heißt: *Non alia videtur eſſe ratio deciſionum Principis, quas ſi legis habere vim debent, omnibus, ſi non ſubditis quibuscumque, ſaltem iudicibus inferioribus intimari neceſſe eſt. Immo vero intereſt Reip. ut in omnium ſubditorum perveniant notitiam, cum litem ſaepe incepturus non ſit, cuius ipſe exitum ſibi deciſione principali divinare queat.*

75) S. *Mart.* SCHRADER Tr. de ſententiis Principum ex plenitudine poteſtatis latis.

76) Richtig ſagt daher Ziegler a. a. O. §. 22. *Ubi Princeps non decernit* ANIMO FACIENDAE LEGIS, *ſed ita interloquitur,*

und Deciſiv Reſcripte werden alsdann, wie Urthei-le, angeſehen, und können, wie dieſe, die Rechtskraft beſchreiten [77]), dahero derjenigen Parthey, welche damit nicht zufrieden iſt, obliegt, binnen zehen Tagen Vorſtellung darwider zu thun, und dieſerhalb ihre Nothdurft entweder bey dem Richter, an welchen das Decret oder Reſcript ergangen iſt, anzubringen, und um Berichterſtattung an den Landesherrn zu bitten, oder ſich mit ihrer Vorſtellung unmittelbar an den Landesherrn ſelbſt zu wenden [78]).

§. 97.

Form und Gültigkeit landesherrlicher Reſcripte und Rechtsmittel gegen deren Erſchleichung.

Sollen jedoch Reſcripte gültig ſeyn, ſo wird hierzu folgendes erfordert.

I) Sie müſſen entweder vom Landesherrn ſelbſt unterſchrieben, oder wenigſtens auf deſſen Befehl von einem Miniſter, oder dem Cabinets-Secretair unterzeichnet worden, und mit dem landesherrlichen Siegel verſehen ſeyn [79]).

II) Sie

tur, ut ultra negotium, circa quod pronunciat, ſententia non extendatur, facile exinde patet, alios, quos negotium iſtud non concernit, eo decreto non obligari. Ratio eſt, quia tum NUDI IUDICIS *partes ſuſtinet, non* LEGISLATORIS, *quae duo officia in Principe accurate diſtingui debent.*

77) *Dav. Gottl.* DIEZ Pr. de reſcriptis Principum auctoritatem rei iudicatae habentibus. Lipſiae 1727. Nettelbladt praktiſche Rechtsgelahrtheit. §. 575.

78) S. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts. 2. Th. §. 97. *b.* S. 60. u. ff. *Iuſt. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Proteſt. Lib. I. Tit. 3. §. 9.

79) *L.* 3. *L.* 6. *Cod. Iuſt. de diverſ. reſcript.* Auch bey den Römern war der Fall nicht ſelten, daß nur der Geheimſecretair

II) Sie müſſen das Datum in der Unterſchrift enthalten. Nach den Worten eines gewiſſen Geſetzes in dem verbeſſerten Codex des Kaiſer Juſtinians, ſollen zwar nur *beneficia perſonalia*, das heißt, Gnadenreſcripte, ſine die et Conſule nicht gelten [80]. Allein auch bey Juſtizreſcripten kommt ſehr viel auf das Datum an, um zu beurtheilen, welches unter mehreren Reſcripten dem andern vorgehe; andere Urſachen zu geſchweigen, weshalb die Bemerkung der Zeit, wenn ein Reſcript erlaſſen worden, in jedem Falle erforderlich iſt [81].

III) Dürfen Reſcripte auch nicht dem öffentlichen Wohl des Staats, noch dem auf eine rechtmäſige Art ſchon erworbenen Recht eines Andern zuwider ſeyn [82]. Der Landesherr kann daher nicht die Fortſetzung eines Streits, der ſchon durch einen rechtsgültigen Transact gehoben iſt, durch ein Reſcript erlauben [83]; oder Jemanden durch ein Reſcript ein Recht ertheilen, was ihm ſchon durch ein rechtskräftiges Urtheil iſt abgeſprochen wor-

tair (Promagiſter) das Reſcript Namens des Kaiſers unterſchrieb. S. Püttmann *Probabil. iur. civ.* lib. ſec. cap. IV. S. 34. u. 35.

80) *L. 4. C. Iuſt. de div. reſcript.* Dieſe Verordnung, welche von Conſtantin dem Groſſen herrührt, iſt jedoch vom Tribonian ſehr interpolirt worden. Denn ſo wie ſie im Theodoſianiſchen Codex *Lib. I. Tit. I. L. 1.* lautet, gehet ſie auf alle, auch die allgemeinen Conſtitutionen. S. *Iac.* Gothofredus Commentar. ad h. L. Tom. I. *Cod. Theod.* S. 6.

81) S. Voet Comment. ad Pandect. h. t. §. 5. Westenberg in Divo Marco Diſſ. II. cap. 2. §. 12.

82) *L. 6. Cod. ſi contra ius vel util. publ. L. 3. L. 7. Cod. de precib. Imp. offerend.*

83) *L. 16. Cod. de Transact.*

worden; es müßte den etwa die Wohlfahrt des Staats ſolches erheiſchen. Denn wenn die Wohlfahrt des Ganzen mit dem Wohl eines einzelnen Bürgers in Colliſion kommt, ſo kann der Landesherr ohne Zweifel einer Privatperſon auch ihre wohlerworbenen Rechte, jedoch nur unter Vorausſetzung einer andern hinlänglichen Entſchädigung, nehmen [84]). Endlich wird nun noch

IV) zur Gültigkeit der Reſcripte nothwendig erfordert, daß in dem Bericht, oder der Supplik, wodurch das Reſcript iſt ausgewirkt worden, die Sache der Wahrheit gemäß dem Landesherrn müſſe vorgetragen worden ſeyn. Denn in der vorausgegangenen Vorſtellung liegt ja der Grund des ganzen Reſcripts, ſind nun alſo dem Landesherrn die wahren Umſtände der Sache verſchwiegen, und dagegen falſche angeführet worden, ſo fällt der Grund des Reſcripts weg, und folglich kann auch das Reſcript ſelbſt nicht gelten. Es muß ſich alſo immer die Sache berichtetermaßen verhalten. Hierin ſtimmen auch die römiſchen und canoniſchen Rechte mit einander überein [85]), nur mit dem Unterſchiede, daß erſteres [86]) die Einrükung der Clauſel: ſi preces veritate nitantur, zur Gültigkeit eines jeden Reſcrips verlangt, letzteres [87]) aber, wornach wir heutiges Tages gehen [88]), ſolche als eine ſtill-

84) Schlettweins Rechte der Menſchheit. (Gießen 1784.) S. 483. PÜTTER Inſtitut. iur. publ. Lib. III. c. 1. §. 117.

85) *L. 7. C. de div. reſcript. L. pen. et ult. C. ſi contra ius vel util. publ. c. 2. 3. 8. 15. 17. 19. 20. 22. 26. X. de reſcript.*

86) *L. 7. pr. C. de div. reſcript.*

87) *c. 2. X. de reſcript.*

88) BOEHMER Iur. Eccl. Proteſt. Lib. I. Tit. 3. §. 4.

ſtillſchweigende Bedingung in einem jedem Reſcript annimmt. Alle Reſcripte ſind alſo unter der Clauſel zu verſtehen: **wenn die Sache ſich wirklich ſo verhält, als ſie dem Landesherrn vorgeſtellet worden iſt**; ſie mag nun in dem Reſcript ausdrücklich enthalten ſeyn oder nicht. Befindet ſich die Sache anders, als dem Landesherrn von dem Impetranten vorgeſtellet worden iſt, ſo wird das auf eine ſolche Art erhaltene Reſcript ein **heimlich erſchlichenes** genennt. Hierwieder kann ſich Impetrat, dem es zum Nachtheil gereicht, mit einer Einrede ſchützen, die nach dem Unterſchiede der Fälle bald *exceptio ſubreptionis*, bald *exceptio obreptionis* heißt. Iſt nehmlich das Reſcript durch Anführung falſcher factiſcher Umſtände erſchlichen worden, ſo ſtehet demſelben die **Einrede der Subreption** entgegen; iſt es aber durch Verſchweigung wahrer, zur Sache gehöriger Umſtände veranlaſſet worden, ſo findet dagegen die **Einrede der Obreption** ſtatt [89]. Einige nennen auch beyde zuſammen *exceptionem mendacii*. Ueber die Frage, ob zwiſchen den gedachten Exceptionen ein wahrer Unterſchied anzunehmen ſey, ſtimmen die Meinungen der Rechtsgelehrten nicht mit einander überein. Einige verwerfen allen Unterſchied, weil in den Geſetzen Sub- und Obreption für gleichbedeutend genommen würden [90]. Andere

89) Dies ſind die gewöhnlichen Begriffe, die auch unſer Autor für richtig hält, und welche in dem *cap.* 20. *X. de reſcript.* ihren Grund haben. Andere erklären jedoch die Sache gerade umgekehrt. S. *Io. Volckm.* BECHMANN Diſſ. de ſub- et obreptione Cap. I. Ueberhaupt ſind die ältern Rechtslehrer zum Theil ſehr unbeſtimmt hierüber.

90) MASCARDUS de probationibus Vol. III. Concluſ. 1123. p. 6. u. ff. *P.* FRIDERUS de Proceſſibus Lib. I. c. XV. §. 3.

Huld.

Andere hingegen wollen mehr als einen Unterſchied gefunden haben. Sie ſetzen ihn darinn 1) daß durch die Subreption ein Falſum begangen werde, nicht aber durch die Obreption [91]). 2) Daß die Einrede der Subreption nicht von dem Excipienten bewieſen werden dürfe, weil dieſer verneine, daß das, was dem Landesherrn vorgetragen worden, Wahrheit ſey. Bey der Obreption hingegen verhalte ſich die Sache ganz anders. Dieſe müſſe derjenige, der ſelbige zur Ausflucht vorſchützet, allemahl beweiſen, weil er nicht blos etwas verneine, ſondern behaupte, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß nicht alle, und zwar weſentliche, Umſtände angeführet worden wären [92]). Allein ſoviel den erſtern Unterſchied anbetrift, ſo iſt dieſer offenbar ungegründet, weil, wie die Criminaliſten umſtändlich zeigen [93]), jede Verdrehung der Wahrheit, die auf den Schaden eines andern abzweckt, zumal wenn ſie vorſetzlich iſt, ſie mag begehungs- oder unter-

Huld. ab EYBEN in Scriptis (Argentorati 1708. fol.) S. 496. Obſ. Pract. in Perez. Sie berufen ſich auf *L.* 10. *§.* 2. *D. de in ius voc. L.* 8. *§.* 1. *D. de negot. geſt. L.* 1. *§.* 1. *D. ſi a parente quis manumiſſ. L.* 49. *de bon. libertor. L.* 2. *C. de Legib. L.* 1. *C. ſi nuptiae ex reſcript.*

91) *Sam.* STRYCK Diſſ. de falſitate precum principi oblatarum. *Halae* 1699. Cap. IV. n. 34.

92) *I. H.* BOEHMER in Iure Eccl. Proteſt. T. I. Tit. 3. §. 11. Eibel im katholiſchen Kirchenrecht IV. Th. 1. Band §. 262. not. c. S. 98. u. f. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts Th. II. S. 63. u. f. und eben dieſer Meinung iſt auch unſer Autor.

93) S. *de* BOEHMER Obſervat. ſelect. ad Carpzovii Practicam rerum criminal. P. II. Qu. 93. Obſ. 1. u. folgg. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. 614. u. ff. und KOCH Inſtitut. iuris crim. Lib. II. cap. 39.

unterlaſſungsweiſe geſchehen, unſtreitig ein Falſum zu nennen iſt. Der andere bemerkte Unterſchied, welcher den Beweis der vorgeſchützten Einrede: daß das Reſcript erſchlichen ſey, betrift, iſt auch noch groſſen Zweifeln unterworfen. Denn, wie bekannt, ſind die Rechtsgelehrten hierüber noch nicht einig. Einige wollen den Beweis ohne Unterſchied dem Impetranten auflegen; weil alle Reſcripte unter der Clauſel zu verſtehen, *ſi preces veritate nitantur*, der Impetrant aber, daß die Sache ſich berichteter maßen verhalte, jederzeit gegen den Excipienten behaupte, mithin auch den Grund des Reſcripts beweiſen müſſe [94]). Andere hingegen verlangen den Beweis ſchlechterdings von dem Excipienten. Denn, 1) ſagen ſie, ſey es eine gemeine Regel: *reus excipiendo fit actor*; er muß alſo fundamentum intentionis ſuae beweiſen; und 2) nach der bekannten praeſumtione doli excluſiva dürfe die Begehung eines falſi von dem Impetranten nicht vermuthet werden [95]). Diejenigen haben wohl ohne Zweifel die richtigſte Meinung, welche, ohne eine beſtimmte Regel zu geben, nach Befinden der vorkommenden Umſtände bald dem Impetranten, bald dem Impetraten, den Beweiß auferlegt, und daher die Sache lediglich dem Er-

94) Dieſer Meinung iſt MASCARD de probationibus a. a. O. n. 4. dieſelbe Meinung hält auch BOEHMER a. a. O. §. 11. überhaupt für gegründet, und ſucht ſelbige nur durch die obenangemerkte Diſtinction noch genauer zu beſtimmen.

95) S. ZANGER Tr. de exceptionibus P. II. c. XV. n. 18. u. ff. BECHMANN Diſſ. cit. de Sub. et obreptione Cap. III. §. 9. STRYCK cit. Diſſ. Cap. 3. *von* EYBEN a. a. O. ad n. 4. SCHAUMBURG in Digeſtis Lib. I. Tit. IV. §. 6. Hr. GJR. BOEHMER in Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. IV. §. 228. Hr. Prof. HOFACKER in Princip. iur. civ. T. I. §. 115. u. m.

Ermeſſen eines klugen Richters überlaſſen wiſſen wollen [96]). Dieſe Meinung gründet ſich auf die deutliche Verordnung des jüngſten Reichsabſchieds §. 80. wo es heißt: Ob aber dem Impetranten bey Deciſion der ganzen Sache ſeine Narrata gleich Anfangs zu verificiren, oder aber dem Impetrato ſive reo, ſeine eingewendete Exceptiones ſub et obreptionis zu beweiſen obliege? Das laſſen wir alles zur Ermäſſigung und Befindung des Richters, welcher nach Geſtalt und Gelegenheit der Sachen auch deren Umſtänden, daraus er ſich informiren muß, ob nämlich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi aufzubinden ſey, nach Beſcheidenheit der Rechte zu urtheilen hat, anheim geſtellt ſeyn. Dieſemnach wird nun der Richter beſonders auf folgende Umſtände Rückſicht zu nehmen haben:

1) Ob das ergangene Reſcript nur auf bloſe, oder auf beſcheinigte Vorſtellung, wie der jüngſte R. A. [97]) erfordert, ertheilet worden ſey? indem, wenn letzteres iſt, die Sache des Impetranten ſo lange billig für richtig und vollſtändig angenommen werden muß, als nicht das Gegentheil vom Impetraten iſt erwieſen worden.

2) Ob nicht ſolche beſondere Umſtände in facto vorhanden ſind, welche die Sache des Impetranten verdäch-

Ll 2 tig,

96) TAFINGER Inſtitut. iurisprud. Cameralis Sect. IV. Tit. III. §. 909. und am neueſten *Car. Otto* GRAEBE *Diſquiſit.* de exceptionibus Sub et Obreptionis earumque probatione. Rinteln 1788. 4.

97) §. 79. in den Worten: Alle Supplicanten ſollen ihre Narrata zugleich etlicher maßen beſcheinigen.

tig, die Exception des Impetraten aber wahrſcheinlich machen. In welchem Falle ſodann dem Impetranten, weil ihm die Vermuthung entgegenſtehet, der Beweiß von dem Grunde des von ihm erhaltenen Reſcripts aufzulegen ſeyn wird; wie die Herrn Reviſoren des Concepts der Cammer-Gerichts-Ordnung ebenfalls geurtheilet haben [98]). In Ermangelung ſolcher beſonderer Umſtände und Vermuthungen aber wird

3) der Richter im Zweifel die Beſchwerde der Beweißführung dem Impetraten, er mag nun die Einrede der Sub- oder Obreption dem Reſcripte entgegenſetzen, auflegen müſſen. Denn einmal muß nach der allgemeinen Regel jeder Excipient ſeine Einreden beweiſen, inſofern ſie, wie jene, auf Thatumſtänden beruhen [99]). Sodann hat Excipient insgemein die Vermuthung wider ſich, denn daß ein Reſcript durch Sub- oder Obreption erſchlichen ſey, wird im Zweifel nicht vermuthet [100]).

Uebri-

98) S. Hrn. GR. von Selchows Concepte der C. G. O. (Göttingen 1782.) Th. III. Tit. 42. S. 329. Not. x.

99) *L. 19. pr. D. de probat.*

100) *Exceptio quippe ſub et obreptionis*, ſagt Hr. Prof. GRAEBE in der oben angeführten ſchönen Schrift über dieſen Gegenſtand §. XV. am Ende, *continet opprobrationem mendacii et falſi, a qua ſuſpicione impetrantem liberat praeſumtio viri boni.* Wie ſchwankend die Affirmation in den Rechten iſt, und wie viel bey Direction der Beweisführung auf Vermuthungen ankomme, haben unter andern am gründlichſten gezeigt Hr. Prof. Weſtphal von dem rechtlichen Beweiſe einer Verneinung. Halle 1783. 4. und Hr. Hofr. Möckert in Diſſ. de affirmatione in iure ad varias ſpecies applicata. Rint. 1772. und in Speciminib. de indole praeſumtionum iuris. Rint. 1782. Goetting. 1784.

Uebrigens beſtehet die Wirkung dieſer Einreden darin, daß die Vollziehung des Reſcripts, wider welches ſelbige vorgeſchützet worden ſind, bis zu Austrag der Sache ausgeſetzt bleiben muß [1]). Nun ſtehet es zwar dem Richter, an welchem das Reſcript iſt erlaſſen worden, allerdings zu, zu unterſuchen, ob die Sache dem Landesherrn der Wahrheit gemäß vorgeſtellet worden ſey, oder nicht [2]); er muß ſich jedoch hierin alles eigenmächtigen Erkenntniſſes enthalten, und vielmehr nach geſchehener Unterſuchung nöthigen Bericht davon an den Landesherrn erſtatten [3]). Der Landesherr kann nun entweder ſelbſt entſcheiden, ob und in wiefern das Reſcript für erſchlichen zu halten, und daher aufzuheben ſey, oder auch das Erkenntniß über die Gültigkeit des Reſcripts dem Richter überlaſſen [4]). Daß der betrügeriſche Impetrant in einem ſolchen Fall auch zu den Koſten und Schadenserſatz gehalten ſey, hat keinen Zweifel [5]).

§. 93.

1) BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. XIII.

2) *L. 4. C. ſi contra ius. L. ult. C. eodem L. 7. C. de precib. imp. offerend. c. 2. X. de offic. et poteſt. iudic. deleg. c. 7. X. de fide inſtrum.* BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. 7. MEVIUS P. I. Deciſ. 143.

3) *c. 5.* u. 10. *X. de reſcript.* MEVIUS P. II. Deciſ. 197. *Mich. God.* WERNHER in lectiſſ. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 4. u. 5.

4) BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. XVI.

5) *cap. fin. X. de reſcript. c. 3. eodem in 6to Clem. 1. h. t. L. 5. Cod. ſi contra ius vel utilit. publ.* BOEHMER a. a. O. §. XVII.

§. 98.

Von den beſondern Conſtitutionen der Regenten, und Privilegien. Begrif und Unterſchied zwiſchen Privilegien, Diſpenſationen und *iura ſingularia.*

Die ſpeciellen Verordnungen der Regenten, von welchen unſer Autor mit dieſem §. zu handeln anfängt, ſind nach dem oben davon angegebenen Begriff von ſehr verſchiedener Art. Sie können

1) ſolche ſeyn, die nach der Abſicht des Landesherrn nur für die Partheyen, die ſich an denſelben gewendet, und von ihm hierdurch eine Reſolution oder Entſcheidung erhalten haben, ein Recht machen ſollen. Unter dieſer Einſchränkung gehören landesherrliche Reſcripte und Decrete unſtreitig zu den speciellen Conſtitutionen, wenn ſie gleich ſonſt nach den neuern römiſchen und heutigen Rechten in der Regel auch für ähnliche Fälle als Geſetz gelten. (§. 96.)

2) Solche, welche nach der Abſicht des Landesherrn nur einzelnen Unterthanen, an welche ſie deshalb ergangen ſind, eine directe Verbindlichkeit auflegen. Dieſe können wieder von verſchiedener Art ſeyn; je nachdem ſie entweder nur eine Commiſſion zur Ausrichtung eines dem Fürſten ſelbſt betreffenden Geſchäfts, oder einen ohne vorhergegangenen Bericht an ein Collegium oder ſonſt eine Magiſtratsperſon erlaſſenen landesherrlichen Befehl in Sachen, welche ihre Amts- und Juſtizverwaltung betreffen, enthalten. Man pflegt erſtere Fürſtliche Ordres [6]) (Epiſtalmata); letztere aber Mandate

6) Ueber dieſe Materie verweiſe ich der Kürze wegen auf die ſchon oben angeführte Böhmerſche Schrift de iure epiſtalmatis von Fürſtlicher Ordre.

Date im eigentlichen Verſtande oder auch Reſcripte in uneigentlicher Bedeutung, zu nennen. Endlich können ſpecielle Conſtitutionen der Fürſten

3) auch ſolche ſeyn, welche eine Ausnahme vom gemeinen Recht machen. Dieſe werden **Privilegien** in ganz genereller oder uneigentlicher Bedeutung [7]) genennt. Frägt man jedoch, was ein Privilegium im eigentlichen Verſtande ſey, ſo ſind die Begriffe der Rechtslehrer hierin nicht übereinſtimmend. Einige ſchränken den Begriff blos auf die perſönlichen Privilegien ein, und halten Realprivilegien für ein nonens [8]). Andere ſtellen ſich blos günſtige Verordnungen darunter vor, wodurch der Regent einem gewiſſen Individuum eine fortdauernde Wohlthat ertheilet, von deren Genuß andere ausgeſchloſſen ſind; und läugnen daher gänzlich, daß es ſogenannte *privilegia odioſa* gebe, die dem Privilegirten zum Nachtheil gerei-

7) Unter den vielen Schriften über die Materie von Privilegien, wovon LIPENIUS in Biblioth. iur. SCHOTT in Supplement. h. v. und Pütter Litteratur des Staatsrechts. 3. Th. §. 1093. f. nachzuſehen, will ich hier nur folgende anführen: *Ge. Acac.* ENENCKEL *Baro Hohenheimenſis*, Libri III. de Privilegiis iuris civilis. Francof. 1606. 4. *I. H.* BOEHMER diſſ. de finibus privilegiorum regundis. Halae 1736. (in *Exercit. ad Pand.* T. I.) *Ge. Chriſt.* GEBAUER ſingularia de privilegiis. Goett. 1749. (*Vol. I. Exerc. academ N. XI.*) *Petr. de* TOULLIEU Diſſ. de Privilegiis, (in *Collectan. iur. civ.* Diſſ. XV.) und *Io. Ge. Frid.* WASMUTH Diſſ. de privilegiorum natura generatim, et in ſpecie de modis, quibus finiuntur, vel amittuntur. Goett. 1787. Dieſen kann auch Moſer von der Landeshoheit in Gnadenſachen, beygefügt werden.

8) S. *Franc.* ALEF Diſſ. de figmento privilegiorum realium *Heidelb.* 1741.

chen könnten [9]). Die meiſten Rechtsgelehrten aber beſtimmen den Begriff vom Privilegium auf eine ſolche Art, daß auch privilegia realia, und odioſa als Gattungen darunter begriffen werden können, unterſcheiden jedoch ſehr genau Privilegien im eigentlichen Verſtande, Diſpenſationen und *Iura ſingularia*; und dieſe Theorie halte ich für die richtigſte [10]). Es wird jedoch nöthig ſeyn, zuförderſt etwas über den Namen und die Bedeutung des Worts *Privilegium* zu bemerken. Den Urſprung des Worts leiten die alten Grammatiker nicht unrichtig von *privus* und *lex* her; *privus* aber hieß ſoviel als ſingulus oder privatus, wie Nonius Marcellus [11]) und Aulus Gellius [12]) lehren; PRIVILEGIUM iſt alſo nach ſeiner originellen Bedeutung ſoviel als *lex de privo* i. e. *de ſingulo homine ſeu privato lata*, wie Gebauer [13]) ſehr ausführlich gezeigt hat. Dies war nun auch diejenige Bedeutung, in welcher das Wort privilegium in den älteſten Zeiten der Römer, zur Zeit des Freyſtaats, genommen wurde.

Privi-

9) So *Chriſtoph. Gottl.* PAULI in der unter Joh. Gottl. Siegels Vorſitz gehaltenen Diſſ. de genuino privilegiorum conceptu. *Lipſ.* 1741. §. XV.

10) Man vergleiche auſſer den Not. 6. angeführten Schriften HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XII. m. 1. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 3. §. 218. *P.* LANGHAIDER Diſſ. de multiplici privilegiorum ſignificatione, eorumque notione genuina. Cap. 1.

11) II. 694. edit. *Gothofredi* p. 574.

12) *Noct. Attic. Lib. X. c.* 20. — Non ſunt generalia iuſſa, (ſc. *privilegia)* neque de univerſis civibus, ſed *de ſingulis concepta:* quocirca PRIVILEGIA potius vocari debent, quia Veteres *priva* dixerunt, quae nos *ſingula* dicimus.

13) a. a. O. §. 1. u. 2.

Privilegien waren alſo urſprünglich blos perſönlich, es waren Geſetze, wodurch in Anſehung eines einzelnen Bürgers etwas auſſerordentliches verfügt wurde. In dieſer Bedeutung waren Privilegien nach den zwölf Tafelgeſetzen verboten [14]); denn in einem Freyſtaat, wo Gleichheit unter den Bürgern erhalten werden muß, ſchien es eben ſo unſchicklich zu ſeyn, einzelne Bürger durch Vorzüge und Freyheiten über die andern zu erheben, als Angeſchuldigte ohne genugſame Ueberzeugung

Ll 5 und

14) Die Geſetze der zwölf Tafeln verordnen, *privilegia ne irroganto.* Cicero führt das Geſetz mehr als einmahl an, man vergleiche Orat. *pro Domo* c. 17. *pro Sextio* c. 30. *de Legibus* c. 4. u. c. 19. Jedoch ſind die Ausleger über den Sinn dieſer Sanction nicht einig. Das Wort IRROGARE wird zwar eigentlich bey den römiſchen Claſſikern der freyen Republik in der Bedeutung genommen, daß es ſo viel heißt, als *populum lege rogare, ut aliquid iubeat, quod ad alterius incommodum pertinet.* Z. B. multam irrogare cic. *pro Domo* c. 22. ERNESTI Clavi Ciceron. voce *irrogare.* Daher haben nicht wenige geglaubt, daß das Geſetz der XII. Tafeln blos von nachtheiligen Privilegien rede. S. Marcilius in Collect. et Interpret. leg. XII. Tab. p. 296. Rittershus Dodecadelto ſ. Comment. ad XII. Tabb. LL. Claſſ. II. c. 2. Noodt Commentar. Digeſtor. ad Tit. *de Legibus* T. II. Opp. pag. 11. u. a. m. Allein andere verſtehen jenes Geſetz ganz allgemein von allen Privilegien, und dieſe Meinung kommt mit der Beſchaffenheit einer republikaniſchen Staatsverfaſſung allerdings beſſer überein; und bekommt durch die Stelle des Cicero de LL. Lib. III. c. 19. ein nicht geringes Gewicht. S. Rävard lib. ſing. de LL. XII. Tab. cap. 2. Gothofred Not. ad Tab. IX. pag. 229. *IV. Font. iur. civ.* denen auch Gebauer a. a. O. §. 6. u. 7. beypflichtet. Dieſe erklären ſich das Wort IRROGARE durch *inducere in rempublicam, rogando populum;* wie Gebauer §. 8. der angef. Diſſ. ſagt.

und auf eine auſſerordentliche Art zu ſtrafen, zumahl da nach den Legibus ſacratis der Römer über Leben und Tod eines Bürgers anders nicht als in den Centuriatcomitien geurtheilet werden ſollte [15]). In den folgenden Zeiten haben die römiſchen Kaiſer nicht nur häufig einzelnen Perſonen Privilegien ertheilet, ſondern auch Sachen ihrer Unterthanen von der Vorſchrift der Geſetze befreyet. Schon Ulpian [16]) gedenkt daher des Unterſchieds zwiſchen Real- und perſönlichen Immunitäten. Ja es wurde der Begriff vom Privilegium ſo ausgedehnt, daß ſowohl in den Geſetzen der Pandecten als des Codex auch die *iura ſingularia* unterweilen, ſo wie noch heutiges Tages, Privilegien genennet werden [17]).

Jedoch

15) Cicero de Legibus Lib. III. c. 4. u. 19. verbindet beyde Geſetze miteinander. *Tum leges praeclariſſimae de XII. Tabulis tralatae duae, quarum altera* PRIVILEGIA TOLLIT, *altera* DE CAPITE CIVIS ROMANI ROGARI, NISI MAXIMO COMITIATU, VETAT. An einem andern Ort ſchreibt er beyde den Legibus Sacratis zu *pro Domo* c. 17. und *pro Sextio* cap. 30. Sigonius de antiquo iure civium Rom. Lib. I. cap. 6. hält ſie für capita derjenigen legum ſacratarum, welche im Jahre der Erb. Roms 260 auf dem von ihnen benannten Monte ſacro wegen Einführung der Tribunen des gemeinen Volks gegeben worden ſind. Allein ERNESTI Clavi Ciceron. in Indice Legum hält ſie mit beſſerm Grunde für Fragmente des Valeriſchen Geſetzes *de provocatione*. S. auch PLATTNER de legibus ſacratis Romanor. cap. V.

16) *L. 3. §. 1. D. de Cenſibus.* Eben dieſer Ulpian unterſcheidet auch an einem andern Ort ſehr deutlich privilegia realia und perſonalia. *L. 1. §. 41 — 44. D. de aqua quotid. et aeſtiva.*

17) Z. B. *privilegium dotis* L. 74. D. de iure dot. *privilegium militare teſtandi* L. 7. C. de teſtam. milit. L. 24. D. eod. Auch im gemeinen Sprachgebrauch iſt nichts gewöhnlicher, als

die

Jedoch werden Diſpenſationen davon unterſchieden, welche unſere Geſetze *conſtitutiones perſonales* [18]) nennen. Der Unterſchied zwiſchen Privilegien im eigentlichen Verſtande, Diſpenſationen, und *iura ſingularia* beſtehet nun darin.

Ein **Privilegium** im eigentlichen Verſtande, iſt eine beſondere Verfügung des Regenten, wodurch in Anſehung eines gewiſſen Individuums eine Ausnahme vom gemeinen Rechte degeſtalt gemacht wird, daß ſolche nicht blos auf einen, ſondern auf alle oder mehrere zukünftige Fälle von gleicher Art ſich erſtrecket. Ein ſolches Privilegium kann alſo

1) nur derjenige ertheilen, welchem die höchſte Gewalt, oder die geſetzgebende Macht in einem Staat zuſtehet. Die Conceßion des Regenten aber kann entweder eine ausdrückliche oder vermuthete ſeyn; eine ſolche Vermuthung ſtreitet für denjenigen, der das Recht, welches eigentlich nur durch ein Privilegium erlangt werden konnte, von undenklichen Zeiten her ausgeübt hat [19]).

2) Ein

die beſondern Rechte der Soldaten, Pupillen, Studenten, Geiſtlichen, der Gläubiger u. ſ. w. PRIVILEGIA zu nennen.

18) §. 6. I. de I. N. G. et C. L. 1. §. 2. D. h. t.

19) *Cap.* 26. *X. de Verbor. Significat.* Zwar ſind die Rechtsgelehrten über die Frage: ob auch die unfürdenkliche Verjährung dem Landesherrn entgegen geſetzet werden könne? ſehr uneinig, und es ſind nicht wenig trefliche Rechtsgelehrten, die dieſes ſchlechterdings verneinen wollen, unter welchen ich nur einen Thomaſius in Diſſ. de praeſcriptione regalium ad iura ſubditorum non pertinente, Beyer in Delineat. iur. Germanici Lib. II. cap. 2. poſit. 38. ff. und Stryk Uſ. Mod. Pandectar. Lib. 44. Tit. 3. §. 4.

2) Ein Privilegium im eigentlichen Verſtande wird immer nur einem gewiſſen Individuum ertheilet. Dieſes kann nun entweder eine Perſon oder Sache ſeyn. Auch moraliſche Perſonen ſind nicht ausgeſchloſſen, z. B. Städte, Innungen. Denn auch dieſe werden in rechtlichen Sinn denen einzelnen Perſonen gleich geachtet [20]).

3) Durch ein Privilegium im eigentlichen Verſtande wird eine Ausnahme vom gemeinen Recht für mehrere zukünftige Fälle gemacht. Dieß kann auf eine zweyfache Art geſchehen; entweder auf eine für den Privilegirten vortheilhafte, oder eine für denſelben nachtheilige Weiſe. Erſtere werden **günſtige Privilegien** genennt. Dahin gehören a) diejenigen, wodurch der Privilegirte einer ſonſt allgemeinen Erlaubniß allein zu genieſſen befugt wird, alle andere aber von dem Gebrauch eines ſonſt gemeinen Rechts ausgeſchloſſen werden; dergleichen man Monopolien nennt; b) diejenigen, wodurch der Privilegirte ein Vorrecht erwirbt, ſo nach dem gemeinen Recht keinem Unterthan, ſondern nur dem Landesherrn zuſtehet; c) ſolche, wodurch der Privilegirte von der ſonſt allgemeinen Verbindlichkeit eines Geſetzes für das künftige befreyet wird. **Ungünſtige** oder

§. 4. anführen will. Allein es haben andere nicht weniger berühmte Rechtslehrer, z. B. Leyſer Spec. CCCCXLI. m. 7. Böhmer Iur. Eccleſ. Prot. Lib. II. Tit. 26. §. 45. Freyherr von Cramer in Opuſcul. T. II. Op. 1. p. 1. u. ff. von Cocceji in Iure Controverſ. Lib. I. Tit. 6. Qu. 2. Hector Wilh. von Günderrode in denen vom D. Poſſelt herausgegebenen ſämtlichen Werken aus dem T. Staats- und Privatrechte, 2ten Band S. 219. u. a. m. mit weit ſtärkern Gründen das Gegentheil dargethan.

20) *L. 22. D. de fideiuſſ. et mandator.*

oder verhaßte **Privilegien**, (privilegia odioſa) hingegen gereichen dem Privilegirten zum Nachtheil, und werden ihm zur verdienten Strafe ertheilet [21]). Dahin gehört, wenn z. B. der Landesherr die erb- und eigene Güter eines Unterthanen wegen eines von demſelben begangenen Verbrechens zur Strafe in Lehn verwandelt, welches man ein Straf-Lehn (feudum poenae) zu nennen pflegt [22]); oder wenn er einen Zolldefraudanten damit ſtraft, daß er ins künftige von jeder zu verzollenden Waare den doppelten Zoll geben ſolle. Nach dem heutigen Sprachgebrauch pflegt man jedoch nur vornehmlich die favorabeln Privilegien unter dem eigentlichen Namen der Privilegien zu verſtehen, welche auch Freyheiten, Gnadenbriefe, Handfeſten, genennt zu werden pflegen.

Von dieſen Privilegien im eigentlichen Verſtande, ſind nun **Diſpenſationen** zu unterſcheiden, worunter man überhaupt perſonelle Verordnungen verſtehet, dadurch nur blos in einem einzelnen Fall eine Ausnahme von der Regel des gemeinen Rechts gemacht wird. Auch dieſe können von zweyerley Art, entweder günſtige oder verhaßte ſeyn; je nachdem ſol-

che

21) *Car. Guil. Maurit. de* BODE in der unter dem Vorſitz des ſel. Hrn. Prof. *Guſtav. Bernh.* BECMANN gehaltenen Diſſ. de aequitate privilegii odioſi, et poteſtate imperantis circa illud, Göttingen 1750. ſagt §. 2. PRIVILEGIUM ODIOSUM *in genere dicimus exceptionem a lege generaliori in odium perſonae ſingularis factam.* In ſpecie *vero* (§. 4.) *dicitur exceptio a lege generali facta, vi cuius alicui poena in nulla lege antea determinata in odium ipſius actu irrogatur.*

22) S. *Ern Martin.* CHLADENII Diſſ. de feudis poenae, von Straflehnen. Vitemb. 1754. in welcher §. V. merkwürdige Beyſpiele angeführt werden.

che zum Vortheil oder Nachtheil des Diſpenſirten gereichen [23]). Zur letzten Gattung gehört, wenn der Landesherr einem gewiſſen Delinquenten, um ein Exempel zu ſtatuiren, eine härtere Strafe dictirt, als die in den Geſetzen beſtimmte iſt, wie z. B. Kaiſer Hadrian der Umbriciá, welcher er der an ihren Mägden verübten Grauſamkeit halber fünfjährige Landesverweiſung zuerkannte [24]). Hier iſt jedoch die Strafe nur auf einen Fall eingeſchränkt, und hat ein Ende, wenn ſie einmal vollſtreckt iſt; allein bey verhaßten Privilegien äuſſert ſich die Wirkung der Strafe in mehreren zukünftigen Fällen, ſo oft andere Unterthanen nach dem gemeinen Recht behandelt werden, und die Vortheile deſſelben genieſſen, wie die oben angeführten Beyſpiele zu erkennen geben.

Die günſtigen Diſpenſationen können von mancherley Art ſeyn. Sie gehen entweder auf eine noch zukünftige Handlung, oder auf eine ſchon geſchehene Handlung. Im erſtern Fall heißt eine ſolche Verordnung, wodurch ein Unterthan die Erlaubniß erhält, eine in den Geſetzen ſonſt vorgeſchriebene und befohlne Handlung unterlaſſen, oder eine ſonſt verbotene Handlung unternehmen zu dürfen, eine **Diſpenſation** im eigentſten Verſtande. Z. B. die Erlaubniß, daß Einer ſich trauen laſſen darf ohne vorhergehendes Aufgebot, oder in der ſogenannten geſchloſſenen Zeit, z. B. unter währender Adventszeit, oder daß Einer ſich darf von einem inkompetenten Pfarrer auſſer der Parochie kopuliren laſſen, oder daß Jemand ſonſt eine in den Geſetzen verbotene Ehe mit

23) *§. 6. I. de I. N. G. et C. L. 1. §. 2. D. h. t.*

24) *L. 2. D. de his, qui ſunt ſui vel alieni iuris.* Ein anders Beyſpiel vom K. CLAUDIUS erzählt SUETONIUS in eius vita cap. 14.

mit einer Perſon eingehen darf, iſt alles eigentliche Diſpenſation [25]). Hier folgt die Handlung erſt auf die geſchehene Ausnahme. Allein es kann zuweilen das Factum vor der Ausnahme vorausgehen, und letztere nur dazu dienen ſollen, nachtheilige Wirkungen deſſelben abzuwenden. Dieſe bekommen ihre beſondere Benennungen — Abolition und Aggratiation (reſtitutio gratiae). Jene geſchiehet noch vor dem Endurtheil, und beſtehet darin, wenn der wider eine Perſon angeſtellte peinliche Proceß nicht bis zum Endurtheil fortgeſetzt, ſondern die Unterſuchung aus landesherrlicher Gnade aufgehoben, und das Andenken des Verbrechens in Anſehung der peinlichen Wirkungen gänzlich ausgetilgt wird [26]). Letztere erfolgt erſt nach dem Endurtheil, und beſtehet in einer

aus

25) S. *I. H.* BOEHMER Exercit. acad. de ſublimi Principum ac ſtatuum evangelicorum diſpenſandi iure in cauſis et negotiis tam ſacris quam profanis. Halae 1722. Auch verdient noch eine andere Schrift bemerkt zu werden: Wem ſteht in der katholiſchen Kirche das Recht zu, in geiſtlichen Sachen zu diſpenſiren. Ein Verſuch von einem Deutſchen. 1787. 8. In vielen Ländern haben die Landesherrn das Recht, dergleichen Diſpenſation zu ertheilen, unter gewiſſen Einſchränkungen den Conſiſtorien oder Regierungen überlaſſen. S. Schotts Einleitung in das Eherecht. §. 161. S. 339. Hr. GJR. Böhmer Princip. iur. canon. §. 355. not. d.

26) Ich rede hier von der Abolition im Sinne des heutigen peinlichen Rechts. Denn mit der Abolition im Sinne des römiſchen Criminalrechts hatte es eine ganz andere Beſchaffenheit. Es wird davon im 48. Buch Tit. XVI. gehandelt werden. Den Unterſchied zwiſchen der heutigen und römiſchen Abolition haben am beſten auseinander geſetzet Quiſtorp in den Grundſätzen des teutſchen peinl. Rechts. 2. Th. 12. Abſchn. 2. Kap. §. 850 u. 851. und *Ioh. Theoph.* SEGER in Diſſ. de abolitione veteri et hodierna. *Lipſiae* 1778.

aus landesherrlicher Gnade geſchehenen Erlaſſung der zuerkannten Strafe [27].

Von den Privilegien im eigentlichen Verſtande ſind endlich auch die *iura ſingularia* zu unterſcheiden. Man verſtehet darunter die in dem Korpus Juris enthaltene, und entweder nur einem gewiſſen Alter, Geſchlecht, Stand oder Klaſſe von Perſonen, oder einer Gattung von Sachen zukommende, oder allen und jeden Unterthanen, in ſo fern ſie ſich in einem gewiſſen Falle befinden, z. B. in Verfall ihres Vermögens gerathen, oder Bürgſchaft geleiſtet, u. d. verheißene beſondere Rechte [28]. Sie ſind

27) Daß die Abolition und Aggratiation als Gattungen der Diſpenſation, in allgemeiner Bedeutung genommen, anzuſehen ſind, behauptet auch BECMANN oder vielmehr *de* BODE in der oben angeführten Diſſ. §. 3. in Nota. S. 10.

28) Paulus dehnt den Begriff des *iuris ſingularis* noch weiter aus, wenn er in *L.* 16. *D. de Legib.* ſagt: IUS SINGULARE eſt, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate conſtituentium, introductum eſt. Er verſtehet alſo unter IUS SINGULARE ein ſolches Recht, ſo aus irgend einem Grunde des gemeinen Beſtens, der Nothwendigkeit, oder Billigkeit, gegen die Regel des gemeinen und ſtrengen Rechts, es ſey auf welche Art es wolle, durch die Auctorität der römiſchen Geſetzgeber, iſt eingeführet worden. Der Fälle eines ſolchen beſondern Rechts ſind im römiſchen Recht unzählig, wie ſelbſt Julian *L.* 51. *§. fin. D. ad Leg. Aquil.* geſtehet. Hierher gehört z. B. der Quaſi uſusfructus fungibler Sachen, d. i. ſolcher, die durch den Gebrauch an ihrem Werth verliehren, oder gar aufhören zu ſeyn. (Lib. VII. Digeſt. Tit. 5.) Paulus führt noch andere Beyſpiele zur Erläuterung ſeines obigen Begriffs an. Man ſehe *L.* 63. *D. de uſufructu* und *L.* 54. *D. ſoluto matrimonio*, welche beyde, wie die oben angeführte *L.* 16. *D.* *de*

ſind meiſt vortheilhafte Rechte, daher ſie auch gewöhnlich *Beneficia legis*, oder **Rechtswohlthaten** genennt zu werden.

de LL. aus eben des IULII PAULI *libro ſingulari de iure ſingulari* genommen ſind, wie die Ueberſchrift beweiſet. Sehr merkwürdig iſt die letzt angeführte *L.* 54. *D. ſoluto matrim.* welche von dem *beneficio competentiae* handelt, und ein Beyſpiel von einem iure ſingulari giebt, quod *contra tenorem iuris ſingularis* introductum eſt. Nach der Regel des gemeinen Rechts kann nehmlich jeder Gläubiger verlangen, daß ihm der Schuldner ſeine Forderung ganz und ohne Abzug bezahle. Er kann deshalb den Schuldner auspfänden, und ihn bis auf den letzten Heller exequiren laſſen. *L.* 84. *D. de iure dot.* Allein die Billigkeit erforderte, aus mancher Rückſicht, von dieſer Strenge des Rechts abzuweichen, und die Auspfändung gegen einen verarmten Schuldner nicht aufs äuſſerſte zu treiben. Dies iſt der Fall bey Eheleuten, wenn die Frau ihr Heyrathsguth zurückfordert; bey Eltern und Kindern; bey Schwiegereltern, wenn der Schwiegerſohn bey dem Leben ſeiner Ehefrauen verſprochenes Heyrathsguth von jenen fordert; bey Geſchwiſtern, und ſolchen Perſonen, welche miteinander in einer Societät geſtanden; auch bey einem Donator, wenn er eine ſo unmäßige Summe verſchenkt hat, daß er am Bettelſtab gerathen würde, wenn er ſie ganz bezahlen ſollte. Solche und noch mehrere andere Perſonen, denen die Geſetze dieſe Wohlthat ertheilen, darf man nun nicht ganz auspfänden, ſondern man muß ihnen ſo viel laſſen, als ſie zur Nahrung und Nothdurft brauchen. *L.* 16. 17. 20. 21. 22. 30. *D. de re iud. L.* 63. *D. pro ſocio. L.* 173. *D. de R. I.* Man nennt dieſes die **Wohlthat der Competenz** (*beneficium competentiae*), und daß dieſelbe ein ſehr exorbitantes und beſonders Recht ſey, iſt ganz unläugbar. Entſteht nun aber die Frage, **wie viel ſolche Perſonen, denen die Competenz zu laſſen, ohne Abbruch des nothdürftigen Unterhalts, thun können**, ſo gehet es nach der Regel, die uns **Ulpian** in *L.* 16. *D. de re iudicata* giebt, nämlich man ſiehet bey der Competenz nur auf den gegenwärtigen Vermögenszuſtand des verarmten Schuldners

werden pflegen. Man denke hierbey an die Rechtswohlthaten der Minderjährigen, der Weibsperſonen in Anſehung übernommener Bürgſchaften, der Perſonen, die währender väterlichen Gewalt Gelder aufborgen. Ferner der Soldaten, der Geiſtlichen; desgleichen der Erben, der Bürgen, der Abweſenden; auch gehören hierher die mit gewiſſen, theils perſonellen, theils hypothekariſchen Forderungen verbundene Vorzugsrechte, u. d. m. Allein es läßt ſich deswegen doch auch ein ius ſingulare *odioſum* gedenken. Ein Beyſpiel giebt uns die berufene Verordnung der Kaiſer Arcadius und Honorius, vermöge welcher auch die Söhne des Hochverräthers die Schuld ihres Vaters mit büßen, und ſeine Schmach tragen ſollen

ſelbſt, ohne auf deſſelben übrige Schulden Rückſicht zu nehmen (non deducto aere alieno). Iſt nun das Vermögen des Schuldners vollkommen hinreichend, den Gläubiger, der ihn belangt hat, zu befriedigen, ſo daß nach Abzug der Schuld noch immer ſo viel übrig bleibt, als der Schuldner zur Nahrung und Nothdurft braucht, ſo iſt er die Forderung ganz und ohne Abzug ſeinem Gläubiger zu bezahlen ſchuldig, und er kann demſelben nicht entgegen ſetzen, daß er noch mehrere Gläubiger habe, die er nun, ohne Verluſt des nothdürftigen Lebensunterhalts, zu befriedigen auſſer Stand ſey. *Occupantis enim melior eſt cauſa*, ſagt Paulus *L. 19. pr. D. de re iud.* Von dieſer Regel der Competenz-Wohlthat iſt jedoch durch eine Conſtitution des Kr. Divus Pius, deren *L. 12. D. de donat. L. 33. D. de iure dot.* u. *L. 41. §. ult. D. de re iudic.* Erwähnung geſchiehet, bey dem Donator eine ſehr merkwürdige Ausnahme gemacht worden, welche auch Paulus in der oben angeführten *L. 54. D. ſolut. matr.* folgendergeſtalt bemerkt hat: *ut, ex donatione conventus, omni aere alieno deducto, facere poſſe intelligatur.* Bey dieſem muß alſo erſt nach Abzug aller Schulden die Competenz beſtimmt werden. *L. 19. §. 1. L. 49. D. de re iud.* Siehe übrigens *Franc. Caroli* CONRADI Diſſ. ad IULII PAULI ex libro ſingulari *de iure ſingulari* reliqua. Lipſiae 1728.

ſen [29]. Dieſes iſt gegen die Regel des gemeinen Rechts, nach welcher der Sohn nicht tragen ſoll die Miſſethat des Vaters [30]; von welcher aber die gedachte Kaiſere eine Ausnahme zu machen, darum für nöthig haben finden wollen, *quia in filiis paterni h. e. hereditarii criminis exempla metuuntur* [31].

§. 99.

Einige allgemeine Sätze von Privilegien; inſonderheit von deren Auslegung.

Alle Privilegien, man nehme nun das Wort in eigentlicher oder uneigentlicher Bedeutung, kommen darin mit einander überein:

1) daß ſie nicht zur Folge noch Benſpiel angezogen werden dürfen, vielmehr nur in denen Fällen ihre Wirkung äuſſern, in welchen der Geſetzgeber eine Ausnahme vom Geſetz gemacht hat, nicht in andern ähnlichen Fällen, wenn gleich eben derſelbe Grund vorhanden ſeyn ſollte [32]. Hat alſo z. B. der Landesherr dem Cajus in einem gewiſſen Ehefalle diſpenſirt, oder ihm ſonſt ein Privilegium ertheilet, ſo kann ich mich nicht darauf berufen, wenn ich mich auch in gleichem Falle mit jenem befinden ſollte [33].

 2) Pri-

29) *L. 5. C. ad L. Iul. Maieſtat.* worüber die neueſte und beſte Schrift iſt *Heur. van* ADRICHEM Diſſ. de poena perduellionis, veroque ſenſu Legis *Quisquis* 5. Cod. ad L. Iul. Maieſtat. Lugduni Batavor. 1784.

30) *L. 26. D. de poenis. L. 22. C. eodem.*

31) Eben dieſer Meinung iſt auch GEBAUER de privilegiis. §. XV.

32) *§. 6. I. de I. N. G. et C. L. 14. D. de LL.*

33) THEOPHILUS Paraphr. Inſtit. graeca ad §. 6. cit. *cap. 9. X. de privilegiis.*

2) Privilegien laſſen daher keine ausdehnende Erklärung zu, auſſer in ſofern ſolches dem Willen des Regenten oder Geſetzgebers gemäß iſt. Sie ſind *alſo* ſtricte zu erklären, inſofern ſie a) die natürliche Freyheit einſchränken, oder ſonſt andern Mitbürgern zum Nachtheil gereichen; denn niemand darf durch Privilegien in ſeinem wohlerworbenen Rechte gekränkt werden. Doch aber muß die Auslegung immer ſo geſchehen, daß die Gnade, welche der Landesherr dem Privilegirten angedeihen laſſen wollte, nicht vereitelt werde, ſondern letzterer derſelben nach der Abſicht des Ertheilers ſo vollkommen, als möglich, genieſſe, ſoweit es ſalvo iure tertii quaeſito geſchehen kann [34]. Wie aber wenn b) das Privilegium *blos* in die landesherrlichen Gerechtſame einſchlüge, und nur dem Regenten, der ſolches ertheilet hat, allein zum Nachtheil gereichte, findet auch gegen den Landesherrn die reſtrictive Auslegung ſtatt? z. B. Wenn das Privilegium eine Befreyung von Steuren, oder Ertheilung des ſonſt dem Landesherrn zuſtehenden Abzugsrechts, der Jagd, Gerichtsbarkeit, Münzrechts, u. dergl. betrift. Die gemeine Theorie der Rechtsgelehrten, welcher auch unſer Auctor nicht undeutlich ſeinen Beyfall giebt, gehet dahin, daß ein Privilegium gegen den Regenten ſelbſt immer ausdehnend erkläret werden müſſe [35]. Denn hier komme es blos

34) ENENCKEL de privilegiis Lib. II. cap. 5. n. 10. BOEHMER T. II. P. I. Reſp. 190. n. 5. 6. Reſp. 428. n. 9. MEVIUS P. IV. Deciſ. 321. n. 4. BOEHMER Diſſ. de finibus privilegiorum regundis. Cap. II. §. IX. Pütter auserleſene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Th. Reſp. XXXV. n. 21. 22.

35) *de* COCCEJI Iur. Controv. Lib. I. Tit. IV. Qu. 6. *Io.* VOET ad Pandect. T. I. lib. I. Tit. 10. §. 16. STRYCK Diſſertat. de privilegiorum interpretatione. cap. IV. LEYSER Spec. X. med. 3.

blos auf die Gnade und Mildigkeit des Regenten an, welche keine beſtimmte Grenzen habe. Es beſtättige auch eben dieſes der bekannte Ausſpruch Javolens [36]): *beneficium imperatoris, quod a divina ſcilicet eius indulgentia proficiſcitur, quam pleniſſime interpretari debemus.* Allein dieſe Gründe ſind ſeicht, und haben mich nie für dieſe Meynung eingenommen. Denn

1) iſt das von der Freygebigkeit des Regenten hergenommene Argument viel zu kühn und kann für denjenigen, der auf landesherrliche Gnade losſündiget, ſehr unangenehme Folgen haben. Verleihet der Regent einem Unterthan ein Regal ſchlechtweg, ohne weder die Gattung deſſelben, noch die Art und Weiſe, daſſelbe auszuüben, genau und deutlich auszudrücken; ſo muß im Zweifel immer eher vermuthet werden, daß ſich der Regent bey der Verleihung des Regals, ſo wenig, als nur ſeyn konnte, habe vergeben wollen; indem ſonſt nicht allein die Sache ſelbſt, ſondern auch der gewöhnliche Hofſtyl beſtimmtere und deutlichere Ausdrücke erheiſcht haben würde [37]). Sodann aber will auch b) der angezogene Ausſpruch Javolens gar nicht dasjenige ſagen, was man damit beweiſen will; indem der wahre Sinn des Rechtsgelehrten nur dahin gehet, daß ein Privilegium ſo erkläret werden müſſe, daß die Gnade, die der Regent dadurch hat erzeigen wollen, nicht vereitelt werde, ſondern diejenige vollkommene Würkung habe, welche der Ertheiler dadurch intendirt hat [38]). Und überhaupt iſt noch die Frage, ob jene Stel-

36) *L.* 3. *D. h. t.*

37) Man vergleiche hier H. Hofr. Schnauberts Erläuterung des in Deutſchland üblichen Lehnrechts. Lib. I. S. I. Cap. III. §. 65. S. 110. u. folgg.

38) So erklären die Stelle Javolens auch *I. H.* BOEHMER in Diſſ. de finib. privilegior. reg. Cap. II. §. 9. und *Fratres* BECMANNI in Conſil. et Deciſ. P. I. Reſp. I. S. 23. u. a. m.

le Javolens von eigentlichen Privilegien zu verſtehen ſey. Denn nicht ohne Grund erklärt ſie Thomaſius[39]) blos von denen Rechtswohlthaten, die man *iura ſingularia* zu nennen pflegt. Viel richtiger iſt daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[40]), welche behaupten, daß ein Privilegium, auch ſelbſt wenn es blos die Rechte des Regenten angehet, und nur ihm allein zum Präjudiz gereichet, dennoch nicht immer deshalb extenſive erkläret werden dürfe, ſondern der Sinn deſſelben theils aus der Qualität der Perſon, welcher ſolches ertheilet worden, theils aus der Beſchaffenheit des Objects, theils aus dem bisherigen Gebrauch und Herkommen[41]), theils aber auch hauptſächlich aus dem Zweck und Abſicht des Regenten, der das Privilegium ertheilet hat, und ſolchemnach bald reſtrictive bald extenſive zu beſtimmen ſey. So z. B. kann

39) In Diſſ. de interpretatione beneficiorum principis §. 11. Man denke z. B. an das, was Ulpian *L. 2. §. 1. D. ad SCtum Vellejan.* ſagt: hoc Senatusconſulto *pleniſſime* feminis omnibus ſubventum eſſe. Es fehlt auch nicht an Beyſpielen, wo die römiſchen Rechtsgelehrten dergleichen beſondere Rechte in ähnlichen Fällen zur Anwendung gebracht haben. Man vergleiche z. B. *L. 20. u. 21. D. de re iudic.* Mehrere Beyſpiele hat *Fr. Car.* CONRADI in Diſſ. de iure ſingulari §. XII. geſammlet.

40) *Chriſt.* THOMASIUS in der angeführten Diſſ. Struben in den rechtlichen Bedenken IV. Th. S. 15. Hr. G. J. R. Walch Controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 3. HARTLEBEN Meditat. ad Pand. Spec. XIV. med. 2. und D. WASMUTH in Diſſ. de privilegiorum natura Cap. I. §. 14.

41) Es läſſet ſich allerdings auch von den Privilegien behaupten: *optima privilegiorum interpres eſt conſuetudo*, was CALLISTRATUS L. 37. D. de LL. von den Geſetzen überhaupt ſagt. S. MEVIUS P. V. Deciſ. 182. n. 7. Pütters Rechtsfälle a. a. O. n. 24. 25.

kann die einem Unterthan ertheilte Steuerfreyheit im Zweifel nur von den gewöhnlichen Laſten verſtanden, auf auſſerordentliche nicht vorher geſehene Fälle aber, woran der Landesherr zur Zeit des ertheilten Privilegiums nicht gedacht hat, z. B. wenn in Kriegszeiten, oder auf andere Art eine allgemeine dringende Landesnoth entſtehet, keinesweges gezogen werden [42]). Wenn ferner die Gerichtsbarkeit Jemanden innerhalb eines gewiſſen Diſtricts ſchlechtweg verliehen worden iſt, und zweifel entſtehet, ob nur die niedere, oder ob auch zugleich die obere verliehen worden ſey? ſo iſt bey einem landſäßigen Unterthan eine ſolche unbeſtimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit nur von der niedern zu erklären; denn das Recht über Leben und Tod der Unterthanen iſt ein viel zu wichtiges Hoheitsrecht des Landesherrn, als daß man ohne genugſamen Grund vermuthen dürfe, daß er ſolches ſeinen Unterthanen werde mitgetheilt haben. Dahingegen, wenn einem Reichsſtande die Gerichtsbarkeit binnen einem gewiſſen Diſtrict vom Kaiſer unbeſtimmt ertheilet worden, in Zweifel zu vermuthen, daß auch die Blutgerichte mit darunter verſtanden ſeyn [43]).

Daß übrigens der Regent die Wohlthat, die er einem durch das Privilegium hat ertheilen wollen, weiter erſtrecken könne, als die Natur deſſelben es mit ſich bringt, hat keinen Zweifel [44]). Auſſerdem ſtehet dem Landes-

42) Hr. Geh. JuſtizR. Pütter in den auserleſenen Rechtsfällen I. Bandes 3ter Theil. Deciſ. LXXIII. n. 3. 4. u. folgg. II. Bandes 4ter Theil. Reſp. CCXXXIX. n. 40. 41. u. folgg. III. Bandes 3ter Theil. Reſp. CCLXXI. n. 70. de LUDEWIG Conſilia Halenſia T. II. Lib. II. Reſp. 90. n. 60.

43) von Buri Erläuterung des Lehnrechts 3. Fortſetz. S. 665. Hr. G. JR. Böhmer Princip. iur. feudalis. §. 67.

44) *L. 191. D. de Reg. Iur.*

herrn die avthendiſche Interpretation bey den Privilegien nur alsdann zu, wenn eine ſolche Dunkelheit oder ein ſolcher Zweifel vorhanden, ſo durch die Regeln der Auslegungskunſt ſchlechterdings nicht gehoben werden kann, wie ich ſchon bey einer andern Gelegenheit bemerkt habe. (S. 215.) [45]).

3) Da Privilegien eine Ausnahme vom gemeinen Recht machen, ſo können ſie im Zweifel nicht vermuthet werden, ſondern demjenigen liegt jederzeit der Beweiß ob, der ſich auf ein Privilegium beruft. Denn in der Regel pflegen Privilegien nicht ordentlich bekannt gemacht zu werden. Die in unſern Korpus Juris enthaltene beſondere Rechte bedürfen jedoch keines Beweiſes. Endlich

4) niemand kann in der Regel genöthiget werden, ſich einer ihm durch ein Privilegium oder geſetzliche Sanction zum beſten ertheilten Wohlthat wider ſeinen Willen zu bedienen; denn Wohlthaten werden Keinem aufgedrungen. Ein jeder Privilegiat muß alſo die Freyheit haben, ſich ſeines Vortheils auch begeben zu können; es wäre denn daß der Gebrauch des Privilegiums oder des beſondern Rechts mit den erworbenen Gerechtſamen eines Dritten

45) Verſchiedene Rechtsgelehrten haben behaupten wollen, als ob das Recht, Privilegien auszulegen, nur allein dem Regenten zuſtehe. Sie berufen ſich deshalb auf *L. 43. pr. D. de vulg. et pupillar. ſubſtitut.* wo es heißt: Beneficia quidem principalia ipſi principes ſolent interpretari. Allein wer ſieht nicht, daß die Worte des Rechtsgelehrten blos enunciativ ſind, und keinesweges eine Verordnung enthalten, daß Richter und Rechtsgelehrte ſich der Auslegung in Anſehung zweifelhafter Privilegien enthalten ſollen? S. WASMUTH in der angef. Diſſ. Cap. I. §. XII.

ten in unzertrennlicher Verbindung ſtünde, und ſolchem durch die Begebung der Rechtswohlthat offenbar zu nahe geſchehen würde. So z. B. darf kein academiſcher Gerichtsunterthan ſich mit Begebung ſeines befreyten Gerichtsſtandes der Jurisdiction der bürgerlichen Stadtobrigkeit unterwerfen [46]. Solchemnach findet alſo die Verzichtleiſtung in Anſehung eines Privilegiums nur in ſofern ſtatt, als der Gebrauch deſſelben von dem freyen Willen des Entſagenden lediglich abhängt [47].

§. 100.

Eintheilung der Privilegien in Real- und Perſonal-Privilegien.

Privilegien können nun von mancherley Art ſeyn. Siehet man nämlich auf daß Subject, welchem ſie anhangen, ſo ſind ſelbige entweder perſönliche, oder dingliche; je nachdem ſie entweder einer Perſon, ſie ſey eine individuelle oder moraliſche; oder aber einer Sache eigen ſind. Beyde ſind in Anſehung der Dauer und Wirkung ſehr verſchieden. Denn perſonal-Privilegien, die einer moraliſchen Perſon z. B. einer Stadt, Academie, Zunft, u. ſ. m. verliehen ſind [48], dauern fort, und gehen auf alle Nachkommen über, die zu dieſer privilegirten Univerſitas gehören, und als Mitglieder derſelben anzuſehen ſind [49]. Denn eine mora-

46) *Auth.* habita *Cod. ne filius pro patre.*

47) Hr. Geh. JuſtizR. Böhmer Princip. iuris canonici. §. 222. n. 1.

48) Beyſpiele von ſolchen Privilegien enthalten die *L.* 17. *D. de excuſat. tutor. L.* 37. *D. de reb. aut. iud. poſſid. L.* 1. *§.* 2. *D. ad Municipal. L.* 4. *§.* 3. *D. de Cenſib.*

49) *Cit. L.* 4. *§.* 3. *D. de Cenſib.*

moraliſche Perſon ſtirbt nicht, ſondern bleibt immer dieſelbe, wenn auch nach und nach die einzelnen Perſonen, die das Ganze ausmachen, durch den Tod, oder auf ſonſtige Weiſe abgehen, und andere an ihre Stelle treten [50]. Solche Privilegien gehören unſtreitig ad res univerſitatis, und das durch ſelbige erworbene Recht iſt der Subſtanz nach ein Eigenthum der moraliſchen Perſon. Dieſe aber läſſet nun ihr Recht entweder durch gewiſſe dazu beſtellte Mitglieder ſelbſt ausüben, z. B. die ihr verliehene Gerichtsbarkeit; oder es darf ein jedes Mitglied der Univerſitas das Privilegium gebrauchen, z. B. es iſt derſelben eine Immunität von gewiſſen öffentlichen Laſten, oder das Beholzigungsrecht in einem herrſchaftlichen Walde, oder das Privilegium Jahrmarkt zu halten, ertheilet worden. In Anſehung des Gebrauchs kommt es alſo auf die Beſchaffenheit des durch das Privilegium ertheilten Rechts an [51].

Sind aber Privilegien **wirklichen Perſonen** ertheilet, ſo können dieſe von zweyerley Art ſeyn; entweder ſolche, die bey dem Privilegirten eine gewiſſe perſönliche Eigenſchaft vorausſetzen, oder ſie ſind der Perſon ſelbſt, ohne Rückſicht einer ſolchen Eigenſchaft, ertheilet worden. Beyde kommen jedoch darinn überein, daß ſelbige der Regel nach auf die privilegirte Perſon eingeſchränkt ſind, und ſich, auſſer derſelben, auf andere nicht erſtrecken, auch nicht auf die Erben übergehen, ſondern gleichſam mit der Perſon abſterben [52]. Jedoch hat dieſe

50) *L. 7. §. 2. D. Quod cuiuscunque univerſitat. nomine. L. 76. D. de iudiciis.*

51) *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diſſ. XV. §. 375.

52) *L. 1. §. 43. D. de aqua quotid. et aeſtiv. L. 68. D. de R. I. L. 196. D. Reg. I.*

dieſe Regel ihre Ausnahmen [53]. Es giebt Privilegien, die ſchon ihrer Natur nach auf die Nachkommen fortgehen, wenn deren auch keine beſondere Erwähnung geſchehen iſt. Ein Beyſpiel davon giebt uns der ſogenannte Brief-Adel, welcher bekannter maſſen von dem geadelten Vater auf alle nach der geſchehenen Nobilitirung deſſelben von ihm ehelich erzeugte Kinder und Nachkommen fortgepflanzet wird [54].

Zuweilen erſtrecken auch die Geſetze ſelbſt aus beſondern Urſachen perſönliche Privilegien, oder derſelben Wirkung Folgeweiſe, auf andere, die mit dem Privilegirten in Verbindung ſtehen [55]. So z. B. nimmt die Ehefrau bekanntermaßen an den perſönlichen Privilegien ihres Ehemanns Antheil, und hat ſolche in der Regel auch noch als Wittwe zu genieſſen [56]. Eben ſo kommt das privilegium aetatis auch den Erben des Minderjährigen zu ſtatten [57], und den privilegirten Vorzug der Hypothek, welche eine Ehefrau ihres Heyrathsguths wegen auf dem ſämmtlichen Vermögen des Mannes hat, geben die Geſe-

ze

53) Von dieſen Ausnahmen handelt ſehr vollſtändig *Io. Nic.* HERT. in Diſſ. de tranſitione privilegii perſonalis ad alios. in EIUS *Commentationib. atque Opuſcul.* Vol. I. T. 3. Diſſ. 2. S. 24 — 40.

54) S. Hrn. Prof. Klübers Diſſert. de nobilitate codicillari. Erlang. 1788. §. IV. Riccius vom landſäſſigen Adel in Teutſchland. II. Theil. Cap. II. §. 4.

55) *Ge. Ioſ.* STEIN Diſſ. de privilegiorum extenſione. *Erford.* 1725. §. XXVIII — XXXVII.

56) *L.* 13. *Cod. de Dignitat. L.* 10. *Cod. de nuptiis. L.* 6. *§. ult. C. de Profeſſ. et Medic. L. fin. C. de incol.*

57) *L.* 18. *§. fin. L.* 19. *D. de minorib. L. un. Cod. ſi adverſus dotem.*

ße auch ihren Kindern [58]). Endlich kann es auch geſchehen, daß Jemanden ein Privilegium für ſeine Perſon und ſeine Erben zugleich ertheilet wird. Iſt nun in einem ſolchen Falle genau beſtimmt, was für Erben verſtanden werden ſollen, ſo iſt die Sache keinem Zweifel unterworffen. Iſt dieſes aber nicht deutlich beſtimmt worden, ſo können, da die Natur der Privilegien im Zweifel keine ausdehnende Erklärung erlaubt, unter den Erben oder Nachkommen der Regel nach nur die Verwandten in abſteigender Linie verſtanden werden, welche den Erwerber des Privilegiums zunächſt beerben [59]); es wäre denn, daß der Privilegirte keine Deſcendenz hätte, auch dergleichen nicht mehr hoffen dürfte, und ſolches dem Ertheiler des Privilegiums wohl bekannt geweſen; im welchen Falle ſodann, da nicht anzunehmen, daß der Ertheiler Worte ohne Bedeutung habe brauchen wollen, vielmehr im Zweifel kein Wort umſonſt im Privilegium zu ſtehen vermuthet werden kann, unter den Erben die nächſten Inteſtat-Erben des Privilegirten verſtanden werden müſſen [60]). Aus demſelben Grunde aber iſt auch zu behaupten, daß, wenn das Privilegium einem für ſeine Perſon, Erben und Nachkommen iſt ertheilet worden, daſſelbe nach der Abſicht des Ertheilers nicht blos den Verwandten in dem erſten Grade der abſteigenden Linie, ſondern

58) *L. ult. §. 1. Cod. qui potior. in pignore. Nov. XCI. pr. et* §. 1. S. Weſtphal Pfandrecht §. 82.

59) LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 1. und HARTLEBEN Spec. XIII. med. 1. Anderer Meinung ſind *a* WERNHER Obſervat. forens. T. II. P. VIII. Obſ. 424. und *de* PUFENDORF Obſervat. iur. univ. T. IV. Obſ. 25.

60) Man vergleiche hierbey, was Hr. Reg. R. Eichmann in ſeinen vortreflichen Erklärungen des bürgerlichen Rechts II. Th. S. 91. u. ff. umſtändlicher hierüber geſagt hat.

dern auch denen im entferntern Grad zu ſtatten kommen ſolle [61]). Auf alle Nachfolger kann jedoch das Privilegium nicht erſtrecket werden, denn dieſe Ausdehnung würde einmal wider den Sprachgebrauch, welcher zwiſchen Nachkommen und Nachfolgern einen Unterſchied macht, und zweytens auch wider die Natur der Privilegien ſtreiten, welche eine einſchränkende Auslegung verlangt. Ich muß hierbey noch einige Bemerkungen hinzufügen; Erſtens: iſt dem Privilegirten das Privilegium für ihn und ſeine Kinder verliehen worden, ſo muß das Wort Kinder [62]) nach der Natur der Privilegien in ſeiner eigentlichen Bedeutung genommen, und ſolches daher nur von Deſcendenten des erſtern Grades verſtanden werden, wie ſolches nicht nur aus dem Urſprunge des Worts Kind [63]); ſondern auch wegen des davon ganz unterſchiedenen und gleich gewöhnlichen Ausdrucks: Kindes-Kinder bereits von andern ausgeführt worden [64]). Mithin können unter dem Namen

61) arg. *L.* 13. *D. de munerib. et honor.*

62) Der lateiniſche Ausdruck *liberi* hat freylich einen weitläuftigern Sinn; denn unter dieſem Namen werden alle Deſcendenten ohne Unterſchied des Grades verſtanden. *L.* 220. *pr. D. de V. S. §. ult. Inſt. qui teſtam. tutores dari poſſ.* Allein dieſer Sprachgebrauch kann bey Erklärung eines in der teutſchen Mundart abgefaßten Privilegiums nicht untergelegt werden.

63) S. WEHNER Obſervat. ſelect. ſub voce Kinder. WACHTERI Gloſſarium Germ. S. 838.

64) REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaei Deciſiones Vol. III. Obſ. 31. S. 45. u. ff. und Vol. IV. Obſ. 26. S. 26. *Chriſt. Ulr.* GRUPEN Diſcept. Forenſ. S. 458. u. 489. u. ff. Pütter auserleſene Rechtsfälle. 1. B. 2. Th. Reſp. LIII. n. 44. S. 500.

Namen der Kinder ordentlicherweiſe die Kindes-Kinder nicht, und noch weniger entferntere Deſcendenten, verſtanden werden, ſo lange nicht die Umſtände einen andern Willen des Ertheilers zu erkennen geben. Zweytens: iſt das Privilegium dem Privilegirten für ſeine Perſon, Kinder und Nachkommen ertheilet worden, ſo iſt im Zweifel nie zu vermuthen, daß ſolches nur auf diejenigen Nachkommen gehen ſolle, welche von männlicher Linie herſtammen, wenn nicht entweder die Geſetze dieſes ausdrücklich verordnen [65]), oder ſolches durch die in dem Privilegium gebrauchte Ausdrücke: Nachkommen vom Stamm und Namen des Erwerbers, oder Nachkommen in der Familie, zu erkennen gegeben worden iſt. In ſolchen Fällen können freylich dergleichen Privilegien auf die Töchter des Erwerbers, welche durch Verheyrathung aus der Familie deſſelben heraus gegangen ſind, und deren Deſcendenz, da dieſe den Namen des Erwerbers nicht führt, keinesweges erſtrecket werden. Ich komme nun auf die Realprivilegien, deren Weſen darin beſtehet, daß ſie einer gewiſſen Sache verliehen ſind, und allen Beſitzern derſelben zuſtehen [66]). Solche Realprivilegien ſind von dreyerley Art; entweder ſie ſind einem gewiſſen Grundſtücke ertheilet, z. B. Steuerfreyheit, Jagdgerechtigkeit, u. dergl. oder ſie ſind mit dem Beſitz eines gewiſſen Amts

oder

65) Ein Beiſpiel enthalten die *L.* 13. *D. de muner. et honorib.* und *L.* 1. *D. de iure immunitat.* vermöge welchen die Einem für ſeine Perſon, Kinder und Nachkommen ertheilte Befreyung von gemeinen Beſchwerden blos auf diejenigen Deſcendenten ſich erſtrecken ſoll, welche von Mannsperſonen abſtammen.

66) *L.* 1. *§.* 43. *D. de aqua quotid. et aeſtiva. L.* 3. *§.* 1. *D. de Cenſib.*

oder Würde verknüpft; man denke z. B. an den mit der erzbiſchöflichen Würde verknüpften honor pallii; oder die Geſetze haben eine gewiſſe Klage dergeſtalt privilegirt, daß jeder, der dieſe Klage erhebt, das damit verknüpfte Privilegium zu genieſſen haben ſoll. Modeſtin nennt ein Realprivilegium der letztern Art *privilegium cauſae* [67]), und Paulus [68]) macht uns davon folgende Beſchreibung: in omnibus cauſis id obſervatur, ut ubi perſonae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: *ubi vero genus actionis id deſiderat, ibi, ad quemvis perſecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii.* Es iſt dieſe letztere Stelle aus PAULI *libro ſing. de dotis repetitione* genommen, und es wären daher eigentlich aus dieſer Doctrin die Beyſpiele zur Erläuterung dieſer Regel anzuführen; wie auch Jacob Gothofredus [69]) und mit ihm Gebauer [70]) gethan haben. Allein es wird uns erlaubt ſeyn, auch durch ein anders Beyſpiel die Sache aufzuklären. Ein ſolches giebt uns die Forderung aufgewendeter Begräbnißkoſten, welche ein beſonders Vorrecht vor andern Gläubigern beym Concurs haben [71]); und zwar iſt dieſes der Forderung ſelbſt eigen, ſie mag mit der actione funeraria oder einer andern eingeklagt werden [72]); der Kläger mag ſolche Koſten entweder auf das Begräbniß des Schuldners ſelbſt, oder einer dritten Perſon verwendet haben; welche der Schuldner auf ſeine Koſten begraben zu laſſen verbunden geweſen [73]). Auch dem Erben und Nachfolger des Gläubigers kommt dieſes Vorzugsrecht zu ſtatten [74]).

Auſſer

67) *L.* 196. *D. de R. I.*

68) *L.* 68. *D. eodem.*

69) In Commentar. ad L. 68. cit.

70) In Diſſ. de privilegiis §. XVII. S. 62.

71) *L.* 45. *D. de Religioſ. et ſumtib. funer.*

72) *L.* 17. *pr. D. de reb. auct. iud. poſſid.*

73) *L.* 17. *cit.*

74) *L.* 31. *§.* 2. *D. de Religioſ.* Hierdurch erklären ſich die Worte des Modeſtins in *L.* 196. *D. R. I.* Privilegia ad heredes transmittuntur, quae CAUSAE ſunt; quae PERSONAE, (z. B.

Auſſer dieſen beyden Gattungen der Privilegien, den **perſönlichen** und **dinglichen**, nehmen die Rechtslehrer insgemein noch eine dritte an, nämlich die **gemiſchten**, worunter man diejenigen verſtehet, welche einer Perſon dergeſtalt ertheilet ſind, daß ſie zugleich auf die Erben gehen. Jedoch wird dieſe Theorie von den neuern Rechtsgelehrten mit Grund verworfen [75]).

Nun zum Beſchluß noch einige Bemerkungen.

1) Entſtehet Zweifel, ob ein Privilegium der Perſon oder Sache des Erwerbers ertheilet worden ſey, ſo iſt in einem ſolchen zweifelhaften Falle das Privilegium eher für ein **perſönliches**, als dingliches, zu halten; weil die Natur der Privilegien keine ausdehnende Erklärung zuläßt [76]). Aus dem nämlichen Grunde aber iſt auch weiter

2) im Zweifel anzunehmen, daß ein Privilegium, welches der Perſon ertheilet worden, mit dem Tode derſelben aufhöre, und nicht auf die Erben gehe. Denn der Unterſchied, den einige Rechtsgelehrte unter Privilegien, die vermittelſt eines Vertrags durch einen beſchwerlichen Titel erworben; und ſolchen, die umſonſt, und aus bloſer Gnade ertheilet worden ſind, hierbey machen wollen, beruhet auf irrigen Vorausſetzungen, und läſſet ſich mit den Geſetzen [77]) nicht vereinigen [78]).

(z. B. *beneficium competentiae L.* 12. u. 13. *D. ſoluto matrim. dos quem. pet.*) ad heredem non tranſeunt.

75) Hr. Geh. R. NETTELBLADT Syſtem. elem. Iuriſpr. poſit. Germ. commun. general. §. 387. **Eichmann** a. a. O. S. 89. **Höpfner** in Commentar §. 49.

76) Hr. GJR. WALCH Introd. in Controverſ. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 4. und D. *Chriſt. Gottl.* EINERT Exerc. iurid. privilegium in dubio magis pro perſonali quam reali reputandum eſſe. Lipſiae 1778.

77) *L.* 196. *D. de R. I. cap.* 7. *de R. I. in 6to.*

78) Man vergleiche hier vorzüglich GEBAUER Diſſ. de privilegiis. §. 17. 18. 19.

Ver-

Verbeſſerungen und Zuſätze.

S. 49. Z. 26. ſtatt erſtern muß leztern, und
— Z. 27. ſtatt leztern — erſtern geleſen werden.

S. 72. Not. 4. bey STRYCK muß heißen *Tit.* I.

S. 129. Not. 22. Z. 2. muß ergänzt werden von Joſeph Herr.

S. 142. Not. 42. nach *Legem* muß hinzugefügt werden: *pro tenore ſtipulationis uſuras exacturos.*

S. 179. Z. 10. von oben leſe man unternommenen Geſchäfte.

S. 202. Not. 43. nach affectantes iſt hinzuzuſetzen: Herr Prof. Püttmann ſucht jedoch in ſeinen *Interpretat. et Obſervat.* S. 77. die gemeine Leſeart zu rechtfertigen.

S. 233. Not. 11. Ueber die *L.* 9. *§.* 2. *D. de ſupellect. legata* verdient *Adrian. Nic.* MOLLER *in Selectis iur. civ. capitib.* Traj. ad Rhen. 1763. Cap. IV. §. 5. beym OELRICH in Theſ. Diſſertat. Belgicar. Vol. II. T. II. S. 134. nachgeſehen zu werden, wo derſelbe, auch ohne ein Emblema anzunehmen, dieſe Geſetzſtelle ganz natürlich erklärt hat.

S. 265. in der leztern Zeile leſe man ſtatt Vortrag Vertrag.

S. 271. Not. 79. iſt noch beyzufügen D. Chriſt. Gottl. Gmelin von Aufſätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverſchreibungen und andern damit verwandten Aufſätzen insbeſondere, nebſt Formularien. Tübingen 1790. 8.

S. 280. Not. 96. iſt noch vorzüglich hinzuzufügen Pütter in den auserleſenen Rechtsfällen. 3ten Bandes 1. Theil. Reſp. 248. §. 11. S. 80.

S. 311. verdienen jedoch die treflichen Bemerkungen des Hrn. Hofr. Heyne in dem Programm: *Notitia corporis iuris gloſſati MSti Bibliothecae Georgiae Auguſtae.* Goettingae 1783. über digeſtum vetus, infortiatum et novum beherzigt zu werden. Man findet ſolches ſowohl in deſſelben Opuſcul. acad. Vol. II. N. 17. als in des H. Dr. Koppe neuen Magazin für die geſammte Rechtsgelahrtheit. 1. Jahrgang. Neuſtrelitz 1789. 8. S. 164.

S. 314. Sind anzuführen vergeſſen worden: *Leop. Andr.* GUADAGNI *ad Graeca Pandectarum Diſſertationes.* Piſae 1786. 4. in welchen die in den Pandecten vorkommende viele griechiſche Stellen und Wörter erläutert und berichtiget worden ſind.

S. 319. Z. 20. muß heißen *Lugduni* 1659. die erſte Ausgabe erſchien in den Jahren 1604 — 1616. Fol.

— — Not. 49. iſt noch beyzufügen H. Geh. R. KOCH Diſſ. *de ordine Legum in Pandectis.* S. 3 — 6. wo ſehr intereſſante Notizen von den verſchiedenen Ausgaben, welche Dionyſ. Gothofredus von dem Corpore iuris civ. beſorgt oder veranlaßt hat, mitgetheilt werden. Womit zu verbinden *Ren. Car. L. B. de* SENCKENBERG Meditat. iurid. (Wezlar. 1789.) Mantiſſ. *VI.* S. 176.

S. 378. Z. 21. ſtatt erhalten haben, leſe man erhalten habe.

S. 415. Z. 12. Decretalen iſt zu leſen Decretalenſammlung.

S. 422. Not. 15. in der vorleztern Zeile ſtatt ſie waren, muß heißen erſtere waren.

S. 446. N. 11. Z. 17. iſt bey den Worten: welche den übrigen entgegen iſt, die Beweisſtelle aus *L.* 34. *D. de R. I.* vergeſſen worden, wo es heißt: *neque regionis mos appareat, quia varius fuit.*

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Hellfeld, Johann August, 1717-1782 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 1

Erlangen (1790)

J.rom.c. 137-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565375-6
VD18 90223640